4.

✠

IVRIDICA ALLEGATIO.

POR

DON BARTHOLOME DE LOS RIOS Y AGREDA, Presbytero de la Villa del Arahal, y Capellan de la Capellania, que en la Parroquial de ella fundò

ANTON MARQVEZ PEÑALOZA,

VNICO, Y ACTVAL POR MVERTE DE EL PADRE

FRAY DIEGO DE LVNA,

PRESBYTERO ASSIMISMO DE EL ORDEN DE LOS MINIMOS:

SOBRE

QVE SE LE PONGA EN LA REAL POSSESSION DE dicha Capellania, lo que se ha salido contradiciendo por varios Opositores; y tambien por el Fiscal General de este Arzobispado, diciendo de nulidad del Titulo, que por Executoria del año passado de 702. se le despachò de tal Capellan desde entonces para aora. Pretendiendo el susodicho, que se le ponga de hecho, y con efecto en dicha Real possession, en virtud de dicho Titulo, como por su tenor se ordena, y manda: reponiendo para ello en caso necessario los autos de traslado, que se diò de dicho Titulo, y los dados de contrario sobre sus oposiciones, y llamada nulidad: declarando no deberle parar perjuyzio à el Capellan, ni contextar el juyzio, llana, y absolutamente, ò quando lugar no aya (esto solo ad cautelam, y no en otra manera) mandando, que se le ponga en dicha possession: y puesto, si las contrarias tuvieren, que pedir, lo hagan, donde, y como vieren, que les convenga.

EXORDIO.

1. RES COSAS ES MENESTER, ſegun dizen vulgarmente, q̃ ſe hallen, y concurran, para ganar qualquier pleyto: La vna es, tener juſticia: La otra, ſaberla manifeſtar: Y la tercera, y vltima, el que ſe la quieran dar. La primera no eſtà de parte del Juez, ni del Abogado, ſino ſolo de parte del Cliente; porq̃ ſi à el Abogado le fuera libre optar, ſiempre eligiera el mejor. La ſegunda eſtà de parte del Abogado, porque es ſu vnico empleo, y miniſterio, manifeſtar la Juſticia del Cliente, no ſolo inſtruyendo el Hecho, ſino indagando, è iluſtrando los puntos de Derecho. La tercera ſolo eſtà de parte del Juez, y aſsi importa muy poco, que le aſsiſta juſticia à el Litigante, y el Abogado ſepa manifeſtarla, ſi el Juez, ò dominado de alguna humana paſſion, ò pagado de ſu proprio dictamen, y opinion, tuerce el camino derecho. Pero oy no ay ningun rieſgo, ò eſcrupulo en eſta vltima, porque tiene la fortuna el Capellan de aver pueſto ſu coſecha en vna era, donde ſe trilla la verſa de las ſemillas de los pleytos, y ſale, y ſe ſaca puro, y acriſolado el grano de la Juſticia.

2. Por eſſo con mas animo me he alentado à eſcribir eſte papel, y aun ha ſido preciſo, contemplando, que algunos pleytos tienen mala cara, y buenos hechos; y otros por el contrario, buen ſemblante, y malas obras. En eſto ſe parecen los pleytos à los hombres; y por lo miſmo, aſsi como el que tiene buen aſpecto, goza gages de benigna preſumpcion à ſu favor, en quanto à ſus hechos, y obras (pues como dixo vn Politico: *el hombre exterior informa las importancias de adentro*) aſsi por el contrario el hombre, que tiene mal ſemblante, es preciſo manifieſte buenas obras, para por eſte medio labar ſu mala cara, y elidir la contraria preſumpcion.

3. Confieſſo ingenuamente, que la eſpecie de eſte pleyto *à prima facie* parece de mal ſemblante, lo qual nace de tener ſiempre mas promptos los principios, y reglas generales de Derecho, que las limitaciones, y las demàs circunſtancias, que ſuelen concurrir; y por eſſo tambien *in primo aſpectu* me causò

ſu

su novedad, luego que el Capellan, despues de aver presentado dicho Titulo, y pedido con èl la possession, recurriò à mi patrocinio, para que lo defendiesse, como amigo *ab incunabulis*; pero luego *immediatè* hize reflexa, sobre que los Señores Provisores de aquel tiempo lo avian practicado mucho antes, y que en virtud de esta practica, ò costumbre se avia expedido el titulo, como en èl mismo se expressa: è inferì la debida consequencia, de que avia fundamentos legitimos, y legales para poderlo aver hecho, pues de otra suerte no es dable, que se huviesse practicado en vn Tribunal de tanto esplendor, pureza, y literatura. Y con esta rendida, y ciega veneracion, y confianza, me arrojè à el *mare magnum* Canonico, y Juridico, y hallè (*nisi fallor ibi*) aun mas de lo que esperaba, como lo dirà el progresso de este Informe.

FACTI BREVIS ENARRATIO.

4. MAS, COMO QVIERA QVE SIEMPRE *EX facto oritur Ius*, y por lo mismo se estila enarrar primero el Hecho: passo à èl con brevedad. Por el año de 700. con el motivo de aver vacado esta Capellania, se principiaron autos por el dicho Religioso, y el dicho Capellan, siendo entonces de Menores, y por Don Juan Salvador Chamizo, Presbytero, ya defunto, y otros Opositores, aunq̃ solo siguieron estos tres, è hizieron sus probanzas, pretendiendo el Religioso entrar, como quarto nieto de hermano del Fundador, y como quinto nieto el Don Bartholomè, segun lo justificò con testigos, è instrumentos plenamente, y en mayor proximidad *Iure civili* (por donde ha de regularse el computo gradual en la sujeta materia) que el dicho Don Juan Chamizo, como por todos Mostazo, *lib. 3. cap. 8. ex num. 39.*

5. Y como por lo mismo era mayor la lid entre el Don Bartholomè, y el Religioso, omitido el parentesco de el otro Coopositor, se harà relacion breve de los dos, en quanto à prueba, tocando lo substancial, y conducente à la duda, que avia sobre el Derecho de ambos, para mas justificar la transaccion, y elidir la colusion, que se pudiera arguir, ò presumir de contrario: y omitiendo lo prolixo (porque todo ello consta de los autos del Archivo) probò el Don Bartholomè su grado de parentesco con testigos, è instrumentos, y vna informacion antigua, hecha por su tercero Abuelo el Licenciado Diego Vrban Peñaloza, Abogado, que fue, de los Reales Consejos, por el año

de

de 1597. con tres testigos de 79. 80. y 84. años, que depusieron de vista, y conocimiento hasta su Abuelo, y quinto de el Capellan Juan Marquez Peñaloza, y à el Fundador su hermano, hasta que muriò: cuya informacion la hizo el dicho Abogado, para obtener, como obtuvo, el Patronato de dicha Capellania, y del Vinculo, que asimismo fundò el dicho Anton Marquez, y con efecto despues, como à tal Patrono, se le citò en su tiempo, para cierta informacion, que presentò el Religioso, y para otra, que presentò tambien el Don Juan Chamizo à los folios 56. y 99. sobre cobranza de dotes, para comprobar con ellas sus pretensos parentescos. Y oy conserva el Patronato la linea del Capellan por succesivos posteriores nombramientos, que se han hecho, hasta su Padre, que fue el vltimo Patrono.

6. Y aunque con la informacion presentada por su parte, y otros instrumentos, pretendiò asimismo esforzar su parentesco el Religioso: no probò el entroncamiento en la misma conformidad, que el Capellan; porque los testigos de la dicha informacion fecha por Francisco Ponze, hermano de su Abuela, no alcanzaron sino es vno, à conocer à su quarto Abuelo Diego Garzia Peñaloza, hermano, que dixo ser del Fundador; y los demàs depusieron la hermandad solo de oidas, como tambien los Padres comunes, porque ninguno de ellos los alcanzò à conocer, ni pudiera ser por menos, porque fue esta informacion, ò se hizo por el año de 622. que fue 25. años despues, que la de arriba. Y aunque por su parte se alegò aver presentado la Fee de Baptismo de dicho su quarto Abuelo, es incierto, ni tal se hallarà en los autos.

7. Y aviendose principiado, y continuado el juyzio ante el señor Bayas: despues à los dos años se sentenciò por el señor Domonte, y Erazo, Dean, y Provisor, *Sede vacante*, declarando tocar la Capellania à el Religioso, como tal quarto nieto de hermano del Fundador: y aviendose notificado la sentencia, se apelò de ella por parte del dicho D. Juan Salvador Chamizo; y el dia antecedente se tratò entre el Religioso, y el Don Bartholomè, transigirse, y componerse *amicabiliter*, como tales parientes, y Eclesiasticos, para escusar mas litigios, costos, y desazones, y conservar la paz, amistad, y parentesco, y dieron con efecto peticion dentro del termino, de vnion, y conformidad, representando lo referido, y que por evitar los expressados,

 y

y demàs inconvenientes, que se podian seguir en adelante, avian procurado buscar modo de convenio, y no avian hallado otro, que el que practicaba el señor Bastan, y Arostegui, Dignidad, y Provisor, que avia sido, en el Pontificado del señor Espinola, que era despachar à ambos titulo de la colacion de la Capellania, dividiendo los frutos, ò la renta, y assimismo las pensiones; pero que en atencion à ser muchas las Missas, y estàr solo de Menores el Don Bartholomè, y ser de poca edad, quedaria todo à cargo de dicho Religioso, gozando de la renta enteramente por el tiempo de su vida, y enteramente cumpliendo todas sus obligaciones; y por falta de qualquiera de los dos Capellanes, el que sobreviviesse avia de quedar vnico en ella. Era el Don Bartholomè en aquel tiempo de solos 17. años, segun su Fee de Baptismo, pues naciò el de 85.

8. A cuya peticion mandò dicho señor llevar los autos, y assimismo los de la Capellania de el Veintiquatro Sepulveda, que à la sazon paraban, ò pendian en el mismo oficio, y año de 702. donde se dezia estàr varios exemplares presentados de dicha costumbre, ò practica, segun tambien lo expressaron en dicha narrativa, ò peticion de convenio: y en vista de los autos se mandò dar traslado à las otras partes de la apelacion interpuesta por la del dicho Don Juan Salvador Chamizo, por quienes se respondiò tambien en vn pedimento de vnion, y conformidad, diciendo, que sin embargo de dicha apelacion, se avia de executar conforme à dicho convenio la sentencia: y en caso de no admitirse, se protestò apelar, y se apelò con efecto *ad cautelam* desde luego por el Don Bartholomè en la misma peticion; y por el Religioso se pidiò, que en tal caso, sin embargo de dicha apelacion, se llevasse la sentencia à debida execucion, llana, y absolutamente.

9. Y aviendose otorgado con efecto, sin embargo de el convenio, con el termino ordinario: despues por aver passadose, y no mostrado mejora el Don Juan Chamizo, se acusaron las reveldias ordinarias por parte del Religioso, concluyendo, y pidiendo finalmente, que se executasse la sentencia conforme à dicho convenio: y en vista de los autos se declarò con efecto la apelacion por desierta, y se mandò executar la sentencia, y el convenio, como se avia propuesto, y en su consequencia se le mandò despachar à vno, y à otro titulo de colacion de dicha Capellania en la forma referida, man-

dan-

dandose expressamente en el que està presentado, que en caso de premorir el Religioso, sin otro nuevo despacho se le pusiesse de hecho à el Don Bartholomè en la Real possession, y se le acudiesse con la renta integramente desde el dia de su muerte, como si entonces, y à la misma hora se le despachasse el titulo.

10. Esto es lo que consta de aquellos autos, que se mandaron baxar para ello del Archivo, y corren con los modernos, los que tuvieron principio en 29. de Abril proximo passado, por peticion, que diò el Procurador de dicho Capellan, presentando el titulo, y la fee de muerte del Religioso, pidiendo se refrendasse para tomar la possession. Y con el motivo de salir el mismo dia otro Procurador haziendo oposicion à dicha Capellania en nombre de Don Francisco Nuñez Ponze, Presbytero, tambien de dicha Villa, se le diò traslado del pedimento del Capellan; y por parte del dicho Opositor el dia siguiente se diò peticion, diciendo de nulidad del titulo por algunas de las causas, que se diràn en este Informe, pidiendo, y concluyendo, se declarasse por nulo, y la Capellania por vacante, en caso necessario, y despachassen edictos: de que se mandò dar traslado à el Capellan, como tambien de la oposicion, que à este tiempo se hizo por parte de vn menor.

11. Y aviendose tomado los autos por la del Capellan, se instruyò la pretencion, que dà principio à este Informe: y en fin en vista de ellos, se mandaron baxar del Archivo los antiguos, de que và hecha relacion, y dar traslado de todo à el Fiscal General con el termino ordinario. Quien en su vista saliò coadyubando la pretencion contraria, y pidiendo, ò añadiendo, que en caso necessario se le impusiessen à el referido Don Bartholomè las penas, que supone aver incurrido por el pacto, y convenio celebrado *de successione viventis*, con el dicho Religioso. E insistiendo en lo mismo, en vista de ello, el Opositor Nuñez, y otro de Menores (que tambien saliò despues) y en la nulidad del titulo: diò segunda peticion el Capellan, para mayor fomento del articulo, presentando à este fin varios testimonios de exemplares practicados, de mas de quarenta años à esta parte por dicho Sr. Bastan, y otros señores Provisores, partiendo, ò dismembrando à peticion de las partes varias Capellanias *pro bono concordiæ, & pacis*, para que las gozassen cada vno por mitad, *y con futura succession del vno à el otro*:

cu-

cuyas clausulas se omite insertarlas à la letra, por ser tan claras, y expressas, que no admiten duda alguna, ni tergiversacion, y tenerlo por lo mismo por ocioso, y material.

12. Y se huvieran presentado muchos mas, sino fuera tan prolixo, y tan costoso, y por no aver parecido en el Archivo los antedichos autos de la Capellania de Sepulveda, donde estaban presentados diferentes exemplares de esta practica, de dicho señor Bastan, como assi se expressò en la narrativa, que se hizo en el convenio, y ha salido mas que cierta: pues sin embargo de no aver parecido aquellos autos, donde con menos trabajo, y menos costo, se avian de coacervar, se han podido descubrir dos exemplares formales de su tiempo, que bastan à comprobar la narrativa, quia pluralis locutio, duorum numº est contenta.

13. Y entre los posteriores, que han podido descubrirse buenamente, es el mas moderno, y vltimo el practicado por el señor Provisor, que oy lo ha de sentenciar, con la Capellania, que en Señor Santiago de Carmona fundò Martin Lopez de la Cueva (de cuya misma Capellania es vno de los dos exemplares presentados de el señor Bastan) que por el año passado de 714. se compartiò, y dividiò entre Don Andrès Madrigal (despues de ya declarada à favor de este) y D. Juan de la Cueva, Presbyteros de Carmona, aunque no por mitad, ò iguales partes, sino dos à el Don Andrès (porque, como se dirà despues en el Informe, no solamente tenia mas derecho, sino, *meo videri*, el vnico) y la otra tercia parte à el mencionado Don Juan: haziendo colacion à ambos de dicha Capellania, y despachandoles titulo, esto tambien por convenio, y à peticion de las partes; si bien no expressandose en el auto, ni en los titulos, la futura succession del vno, à el otro, en el que sobreviviesse de qualquiera de los dos, como se expressa, y previene en los demàs exemplares.

14. Tambien ay otro exemplar del tiempo del señor Flores, Canonigo Lectoral, que fue, de esta Santa Iglesia, como Juez Delegado, por el año de 697. con las Capellanias primera, ò principal, y segunda, ò agregada, que en el Convento de Señor San Pedro de Alcantara de esta Ciudad fundò Don Alvaro Gil de la Sierpe, como Comissario de Don Thomàs Gil, que se avia litigado ante el señor Provisor, que entonces era, por Don Alvaro Gil de Vargas, menor, y el señor Don Francisco de los Rios Gil de Cordova, siendo tambien menor: y avien-

aviendo sentenciadolas, y mandado adjudicarselas à el express-sado Don Alvaro, y apeladose por parte del señor Rios, despues de introducida la apelacion ante dicho señor Juez Delegado: assimismo por convenio, y à peticion de ambas partes, sin embargo, de que la segunda era solo accessoria, ò agregada à la primera, *à limine fundationis*, las dividiò, y separò, y adjudicò la primera à el señor Rios, y la segunda à el Don Alvaro, conforme à el mismo convenio; en que tambien se propuso por las partes aver de quedar à salvo por muerte, ù otro genero de vacante de qualquiera de los menores, el derecho de el otro, y de los demàs hermanos, è interessados, para poderlas gozar à vn mismo tiempo, esto es, vnidas como antes.

15. Como de hecho, y con efecto luego que se casò el señor Rios, por el año passado de 19. saliò el dicho Don Alvaro, pidiendo la colacion de la principal, y (à mayor abundamiento) de la agregada, que era la que gozaba el susodicho, y se le diò llanamente; siendo tambien de advertir, para el assumpto presente, lo vno, no ser tàn amplia, ni tan proporcionada, y competente la jurisdiccion Delegada, y menos *ad certam causam*; como lo es la Ordinaria, para esta dismembracion: y lo otro, el que sin embargo de esto, se aprobò, y consintiò por el señor Monroy, como consta del decreto (que està al pie del primer titulo, que se despachò à el Don Alvaro, y en que se le adjudicò por el Juez Delegado la accessoria, ò agregada) por el que el señor Monroy le mandò hazer colacion de dicha Capellania, por aver passado ya la menoria, y hallarse ya ordenado por el año de 702.

16. Ay tambien otro exemplar, aun mas singular, que todos, practicado por el año de 686. por el señor Verastegui, que fue Dean, y Canonigo de esta Santa Iglesia, como Juez Synodal, y Apostolico, por apelacion en la Capellania, que en la Iglesia Parroquial de la Villa de Trigueros fundò el Licenciado Juan de Lepe, Presbytero, que aviendose litigado en primera instancia por el año antecedente de 685. entre Francisco Suarez de Vidès, y Don Fernando Suarez Avendaño, menor (como el otro) entonces, y otros dos Opositores Presbyteros, la sentenciò el señor Licenciado Don Lorenzo Folch y Cardona, Tesorero, Dignidad, y Canonigo de dicha Santa Iglesia, y Provisor assimismo, à favor de el dicho Don Fernando, y le mandò hazer adjudicacion de dicha Capellania; porque aun-

que en el parentesco estaban ambos iguales, èl era mayor de edad.

17. Y aviendo el otro apelado, y los demàs: despues los dos menores, y sus Padres, y en virtud de su poder, que para ello presentaron, juntamente con los desistimientos de los dichos dos Presbyteros dieron peticion diciendo, averse convenido, y ajustado por escusarse de pleytos, en que se les hiziesse adjudicacion à ambos de dicha Capellania, para que la gozassen cada vno por mitad, y asimismo cumpliessen por mitad con sus pensiones: y que viendo esto los otros se avian desistido del pleyto, y la apelacion, que tenian interpuesta: *mediante lo qual* (asi son las palabras del mismo testimonio presentado.) *y què dichos convenios eran admissibles, conforme â Derecho, y costumbre*: concluyeron pidiendo, que se les admitiesse dicho convenio. Y es de advertir, que tambien pusieron *la calidad, y condicion, de que el que de los dos superviviesse, gozasse toda la renta de dicha Capellania*; como en los dos exemplares de el señor Bastan, y otro, que tambien ay del mismo señor Verastegui.

18. Y parece, que â la sazon despachaba el Provisorato el señor Doctor Don Blas de Torrejon y Lasala, Juez de la Iglesia, que era, por ausencia, ò enfermedad de dicho señor Provisor: pues el señor Torrejon en vista de los autos por Septiembre de el dicho año de 686. dixo no aver lugar admitir el convenio, que se avia propuesto por las partes. De cuyo auto se interpuso apelacion por parte del menor, Francisco de Vides, y transportados los autos ante el señor Verastegui, en virtud de comission de la Nunciatura, expressò agravios de la sentencia, y del auto: y aviendose sustanciado la instancia con el dicho Don Fernando, quien ya estaba à la sazon ordenado de Corona, diò, y pronunciò la sentencia del tenor siguiente:

19. En el pleyto, y causa, que ante Nos ha pendido, y està pendiente en segunda, ù otra mas verdadera instancia, en virtud de Breve, y Comission del Eminentissimo, y Reverendissimo Sr. Nuncio de su Santidad en estos Reynos de España, q̃ que es entre partes, Fernando Suarez de Avendaño, Clerigo de Corona, y Fràcisco de Vides Suarez, menores, ambos vezinos de la Villa de Trigueros: sobre la Capellania, que en la Iglesia Parroquial de dicha Villa fundò el Licenciado Juan de Lepe, Presbytero, vacante por fin, y muerte del Licenciado Don Fernando Suarez de Avendaño, Presbytero, su vltimo Capellan; y,

pos

por los susodichos el Licenciado Manuel de Trigueros, Presbytero, y Fernando Garzia Plaras, Procuradores en sus nombres, vistos los autos, y meritos del processo, y lo que mas bien se debiò ver, y considerar, oidas, y citadas las partes, concluso el pleyto, &c.

Christi nomine invocato fallamos, atento à los autos, y meritos de el processo, *y à el convenio, y concierto propuesto, y contratado entre las partes*, que no ha lugar el determinar sobre la revocacion, ò confirmacion de la sentencia difinitiva, que en primera instancia diò, y pronunciò à los 15. de Febrero de este presente año de 86. en este pleyto el señor Licenciado D. Lorenzo Folch y Cardona, Tesorero, Dignidad, y Canonigo de la Santa Iglesia Metropolitana de esta Ciudad, Provisor, y Vicario General en ella, y su Arzobispado, por la que declarò tocar, y pertenecer la dicha Capellania à el dicho Fernando Suarez Avendaño, menor, como à tercero nieto, que avia probado ser de Maria de Lepe, hermana de el dicho Fundador, y ser de mas edad, que el dicho Francisco de Vides Suarez, menor, Opositor assimismo à dicha Capellania, que se halla en igual grado de parentesco, como constaba de las Fees de Baptismo presentadas; y de la dicha Capellania le hizo adjudicacion à el dicho Fernando Suarez Avendaño, y mandò se le despachasse titulo de adjudicacion en forma, y que quanto antes hiziesse diligencia de ordenarse de Corona, para recebir la colacion de dicha Capellania, segun mas largamente consta de dicha sentencia, à que nos referimos; *y que el auto*, que despues de dicha sentencia diò, y proveyò en este pleyto, en 4. de Septiembre proximo passado de este presente año el señor Doctor Don Blas de Torrejon y Lasala, Provisor, Juez Oficial, y Vicario General de esta Ciudad, y su Arzobispado, por el qual dixo, que no avia, ni huvo lugar, admitir el convenio, que se avia propuesto por las partes, que era el averse convenido, y concertado las dichas partes, por escusarse de pleytos, y litigios, y por ser pobres, y parientes por vna misma linea, en que à los dichos litigantes se les adjudicasse la dicha Capellania, para que por mitad cada vno goze de la mitad de la renta de ella, y cumpliesse cada vno con la mitad de las cargas, y obligaciones de ella, *y con calidad, que el que de los dos supervivìesse, goze de toda la renta de la dicha Capellania*; para lo qual avian otorgado el instrumento, que presentaba, por los Padres de los susodichos, y presentò assimismo

de-

desistimientos de otros dos Opositores, que avia à dicha Capellania; el qual dicho auto es digno de revocar, suplir, y emmendar, para lo qual lo revocamos en todo, y por todo, como en dicho auto se cōtiene, su tenor aqui por repetido, *y administrando justicia* debemos admitir, y aprobar, admitimos, y aprobamos, quanto podemos, y ha lugar en Derecho, el referido convenio: y atento, à q̄ el dicho Fernando Suarez de Avendaño consta estàr ordenado de Corona, *de la dicha Capellania le hazemos colacion*, provision, y canonica institucion por imposicion de vn bonete, que en cabeza del dicho Licenciado Manuel de Trigueros, su poderhabiente, y en su nombre pusimos, estando ante Nos inclinado de rodillas, para que la aya, sirva, y goze de la mitad de la renta de dicha Capellania; cumpliendo con la mitad de las cargas, y obligaciones, conforme à su Fundacion, y Constituciones Synodales de este Arzobispado. *Y assimismo de la dicha Capellania hazemos adjudicacion* à el dicho Francisco de Vides Suarez, menor, para que la aya, obtenga, y goze, durante el tiempo de su menor edad, de la mitad de la renta de la dicha Capellania; y cūpla con la mitad de sus cargas, y obligaciones, como và referido; con tal, que en teniendo edad, y Ordenes parezca, para que se le haga colacion; *y con condicion, que el que de los dos superviviesse, goze de toda la renta de dicha Capellania, conforme à el dicho convenio, y concierto.* Y mandamos se despache *titulo de colacion*, con recudimiento de frutos, segun và declarado, à el dicho Fernando Suarez de Avendaño, Clerigo de Corona. *Y titulo de adjudicacion* con el mismo recudimiento de frutos, à el dicho Francisco de Vides Suarez, menor, como và referido; y por esta nuestra sentencia difinitivamente juzgando, assi lo pronunciamos, y mandamos en estos escritos, y por ellos, sin hazer condenacion de costas à ninguna de las partes, &c. El Doctor Don Francisco Domonte y Verastegui.

20. Con estos, pues, exemplares antiguos, y modernos, sin descubrirse el principio de la practica, ò costumbre, *pro bono concordiæ, & pacis*, se alegò por parte del Capellan, insistiendo en el articulo, y en lo executoriado de su titulo, por el transcurso de tiempo, y por la cosa juzgada, y costumbre tan antigua, que se passa à immemorial, y el bien publico, que incluye el *bonum concordiæ, & pacis*: y no contener el titulo notoria nulidad, como era menester, para poder impedir su execucion: y ni aun nulidad dudosa; ni obstar todo lo alegado por el Fiscal,

cal, y demàs Contradictores, còmo por mas estenso se contiene en este Informe, y por sus partes, donde en su lugar, y grado se anotan las circunstancias de el Hecho, que aqui se omiten, por obiar prolixidad, y no abultar el papel. Và dividido el discurso en 18. §§. para mayor claridad; y en ellos por lo mismo *obiter* se satisface à los reparos, y replicas, ò alegatos de contrario, y que han podido ocurrir al ir formando este Informe, para mas afianzarlo.

IVRIS BREVIS EXORNATIO.

21. HIs igitur *præmissis*, pretende el Capellan, que el señor Provisor, y Vicario General de este Arzobispado, por lo proveido, y executoriado por su mismo Tribunal, desde el año passado de 702. y contenido en el titulo, que se le despachò desde entonces para aora, y lo tiene exhibido el Capellan; se sirva de mandar, que en su virtud se le ponga de hecho, y con efecto en la Real possession de dicha Capellania; reponiendo para ello en caso necessario por contrario imperio, ò como mas aya lugar (hablando con el respecto, y reverencia debida) el auto de traslado, que se diò del dicho titulo, y los demàs de contrario, sobre las oposiciones de los demàs pretendientes, y llamada nulidad, que le han querido oponer, y coadyuvar el Fiscal: declarando asimismo en caso necessario, no deberle parar perjuyzio à el Don Bartholomè; ni tener obligacion à responder, llana, y absolutamente; ò quando lugar no aya (esto solo *ad cautelam*, y no en otra manera) mandar que se le ponga en dicha Real possession, y puesto, si las contrarias tuvieren, que pedir, lo hagan donde, y como vieren, que les convenga.

PRELVDIO.

22. Y ANTES DE ENTRAR A FVNDARLO, SE presupone, y protesta, con vna protestacion, que valga para todo, *ex his, quæ tradit Iranzo, de protest. Consider.* 20. que todos los fundamentos, que expusiere el Don Bartholomè, se dirigen solamente à fomentar el articulo, y remover los obstaculos, que pudieran prevertir su execucion: y mas quando si es hecho, resulta en la mayor parte de los autos baxados de el Archivo, por auto, y orden del señor Provisor, y en lo demàs, de los modernos; y si es Derecho, resulta tambien de el mismo Hecho: por lo qual ello mismo se està manifestando, y alegan-

do, y diciendo *de se: adsum*; de forma, quē en tales terminos aun no era menester oponerlo, ni alegarlo, porque ello mismo se opone, y alega, aunque no se alegue; latè el Sr. Valenz. *cons.* 88. *per tot. & præcipuè à num.* 55. y el Sr. Salgad. *Labyr. part.* 3. *cap.* 1. *à num.* 17. y *de Reg. part.* 3. *cap.* 9. *à num.* 23. & Azeved. *in leg.* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. n.* 6. y otros.

§. I.

FVNDASE LO EXECVTIVO DEL TITVLO.

23. Y ESTO SVPVESTO, LA PRETENCION DE el Capellan se funda, en que el mencionado titulo es por su naturaleza, estado, y calidad, executivo, como son los semejantes mandatos *de immittendo*, de forma que no se puede suspender su execucion, sino es por otro tal titulo, ò despacho equivalente, que mostrasse qualquiera Opositor, ò por nulidad notoria; de suerte que sin alguno de estos dos requisitos, no es contradictor legitimo, para poder impedir la execucion del despacho, sino vn mero Opositor, que no la impide; Rebuf. *in prax. Benef. part.* 2. *de subrog. fol.* 214. *num.* 43. Gonz. *in Reg.* 8. *Cancell.* §. 7. *proœm. num.* 243. *& seq.* Cardin. de Luc. *de Benef. disc.* 73. *num* 39. Castro Palao *part.* 2. *tract.* 13. *disp.* 2. *punct.* 31. §. 6. *num.* 8. Garc. *de Benef. part.* 6. *cap.* 4. *à num.* 35. porque ya desde entonces para aora se le hizo colacion à el Don Bartholomè; Gonz. *glos.* 5. §. 9. *num.* 55. *& seq.* Palao, *vbi sup. disp.* 1. *punct.* 10. *num.* 29. & id. Rebuf. *de missione in possessionem, fol.* 62. *à num.* 42. y Luca en punto de transaccion, *disc.* 82. *num.* 16. y D. Valenz. *dict. cons.* 88. *per tot. &* Valer. *de transact. tit.* 6. *quæst.* 3. *à num.* 36. fuera de que solo el largo transcurso de tanto tiempo, y con tantos exemplares judiciales, y en mas rigorosos terminos, sobraba para excluir la retardacion del titulo, aun quando fuesse dudable, por la virtud poderosa del tiempo, y de la practica: pues por lo menos excluye la notoria nulidad, que pudiera retardar su execucion, *ex leg.* 32. *per seq. ff. de leg. & ibi glos.* & latiùs infrà dicetur cum D. Salgad. & aliis.

§. II.

PRVEBASE, NO CONTENER NVLIDAD, por via de expectativa.

24. Y MEDIANTE NO AVER EN ESTE CASO otro titulo, ò despacho semejante, solo se demonstrarà no aver nulidad notoria: porque si se quiere con-

tem-

templar *ad instar* de las gracias, llamadas *expectativas* (pues no puede contemplarse por resigna tacita, ni expressa, mientras no se renuncia desde luego *tacitè*, ni *expressè* el beneficio, colado, ò posseido, *ex his, quæ tradit* Flam. *de resig. lib.* 1. *quæst.* 1. *per tot.* & Gonz. *vbi supr. glos.* 5, §. 9. *à num.* 70.) aunque las expectativas se antiquaron, y extinguieron por el *Concilio de Trento, sess.* 24. *de Reformat. cap.* 19. Farinac. *in declarat. Concil. volum.* 4. *fol.* 250. y Barbos. *in remis. fol.* 133. *à num.* 10. *& in Collect. dicti capitis*, Flamin. *vbi proxim. lib.* 2. *quæst.* 10. *num.* 4. *& lib.* 3. *quæst.* 6. *num.* 14. Gonz. *dict. proœm.* §. 1. *à num.* 57. Garc. *vbi sup. cap.* 1. *per tot.* no obstante el mismo Garcia ibid. *in fin.* dize, que el Concilio no deroga la costumbre, que huviere de contrario en las Iglesias, ibi: *Ex eo, quòd non derogat consuetudini.*

25. Y aunque *immediatè* añade: *maximè cùm sit immemorialis, & confirmata à Papa ex certa scientia*: no por esso es visto retroceder, ò apartarse de lo que antes dexa dicho de la costumbre sola, aunque no sea immemorial, porque la palabra *maximè* equivale à las palabras *præcipuè*, y *præsertim*, y todas ellas se ponen para demonstrar la mayor razon, que milita en su concepto, mas no para excluir lo antecedente, *vt latè tradit* Barbos. *de dict. vsu frequent. dict.* 187. 274. y 277. *à num.* 1. y aunque el Barbos. *vbi prox. in dict. cap.* 19. lo contrahe à la costumbre immemorial de la Iglesia de Salamanca (de que tambien habla Garcia, y donde aun subsisten oy los exemplares contrarios) diciendo, es immemorial, y que se halla confirmada por el *Señor Pio IV. motu proprio, & ex certa scientia*: no por esso es de inferir, que excluye de su opinion, à la que no se hallàre confirmada por el Papa: ni tampoco es de entender, que excluye en su concepto la que no es immemorial, ni tampoco la que huviere en las demàs Iglesias; pues la opinion de vn Autor debe entenderse segun el dictamen, y opinion del que cita para ella, Gracian. *discept. forens. tom.* 4. *cap.* 617. *num.* 34. *in fine*, ibi: *Cùm dictum Doctoris debeat intelligi secundùm eum, quem allegat.* y mas quando Barbos. no impugna à Garcia en esto; pues por lo mismo es visto, que aprueba su dictamen. Y es de notar, que los demàs Autores, que vnanimes, y conformes con el Garcia, y Barbos. contestan, en que el Concilio antiquò, y derogò las expectativas, no hablan, ni se hazen cargo de la costumbre: ni si la comprehendiò, ò no el decreto del Concilio, y asi no se les oponen.

§. III.

§. III.

ESFVERZASE MAS CON LA COSTVMBRE.

26. Y CON MAS RAZON PROCEDE SV OPINION, porque siendo especial esta costumbre, como de este Arzobispado, para que el decreto conciliar la comprehendiesse, aun no serìa bastante, el que *vtcumque* derogasse la costumbre de contrario, sino que era menester, la derogàra con clausula especial derogatoria, haziendo expressa mencion de esta costumbre: ô general negativa, *nempè, Nulla obstante consuetudine, vel non obstante quacumque consuetudine in contrarium: vt tradit* Anaclet. *infr. prox. citand. à num.* 182. *ex cap.* 1. *de const. in* 6. *cum* Abb. *in cap. vlt. de consuet. num.* 24. Y la razon, que dà, es, porque las especiales costumbres de los lugares, como que consisten en Hecho, *Papa præsumitur eas ignorare; adeòque non censetur velle ipsis in aliquo derogare, nisi expresè id caverit, seu clausulam sufficienter derogatoriam addiderit*, v. g. diciendo: *Nulla obstante consuetudine in contrarium, aut huiusmodi, vt ad literam num. seq.*

27. Y aun esta, ni otra clausula qualquiera equivalente (en la hypotesi de averla) bastaria à derogar esta costumbre, siendo immemorial (*vt latiùs ex eodem, & aliis infr. dicetur*) ni se estendiera tampoco à la nueva costumbre de futuro, ò *introducenda in posterum*, sino fuesse reprobandola, ò condenandola *simpliciter*, como iniqua, è irracional: *vt inquit consequenter*, con otros muchos, que cita *num.* 186. Y si para derogar las leyes Eclesiasticas, ò Canones, como las leyes Civiles, basta la costumbre diuturna, ù ordinaria de diez años (que asi se llama, ò vsurpa en el Derecho la costumbre *longi temporis*, ò *longa consuetudo, ex L.* 1. *C. h. tit. & L. Super longi. C. de præscript. long. temp. cum simil. vt ait* §. 4. *num.* 96.) segun la opinion tercera, que pone, y elige, *ibid. num.* 105. al menos no siendo iniqua, ò irracional la costumbre; què serà la mayor, è immemorial?

28. Que aqui lo tenemos todo, pues se halla esta costumbre probada con instrumentos antiguos, y modernos de mas de quarenta años, y sin encontrar principio, que es en lo que *principaliter* consiste la immemorial, y de donde toma el nombre, *vt idem num.* 189. *cum aliis infr. citand. ex L. Hoc Iure.* §. *Ductus aquæ. ff. de aq. cotid. & æst.* ibi: *Cuius origo memoriam hominum excedit, cum simil.* Pues aunque en la peticion del convenio dada por el Don Bartholomè, y el dicho Religioso, se dixo la practicaba el señor Bastan (lo que se ha verificado con varios

exem-

exemplares de su tiempo, sin embargo de no aver parecido la Capellania del Veintiquatro Sepulveda, donde se dixo assimismo aver muchos presentados) de esta misma practica, que practicaba, se infiere, que estaba ya en sus tiempos corriente la costumbre, pues no avia de empezarla tan lisa, y llanamente, que siquiera no la avia de motivar, al menos con la causa, *pro bono concordiæ, & pacis:* y mas, porque como dize el mismo Anaclet. §. 5. *num.* 147. nunca la primer costumbre se puede introducir en contradictorio juycio, ibi: *Cùm prima consuetudo nunquàm potuerit, nec possit esse obtenta in iudicio contradictorio, vt patet.*

29. Y si para esta practica avia menester valerse dicho Señor de la costumbre, no ay duda, que ya la avia, pues sentenciò segun ella, y siempre la presuncion *stat pro sententia, aut Iudice, ex vulgar.* Y sino avia menester valerse del asylo de la costumbre para ello, sino bastaba el motivo *pro bono concordiæ, & pacis, magis habemus intentum*; pues aqui concurriô lo vno, y lo otro: porque no solo se tuvò presente este motivo, sino tambien la costumbre, probada *incontinenti*, por la inspeccion de los dichos exemplares presentados en los autos de Sepulveda, que entonces paraban, ò pendian en el mismo oficio, y se tuvieron presentes à la vista, como consta de los autos, y del titulo. Y que ya la avia en tiempo de dicho Sr. Bastàn, consta por el exemplar siguiente relacionado del dicho Señor Verastigui: pues assi entonces las Partes lo sentaron (diciendo, que estos convenios eran *admissibles, conforme à Derecho, y la costumbre*) el año de 86.

30. Y por si se quisiere replicar con el mismo Garcia, *part.* 3. *cap.* 2. *à num.* 189. que aunque la tal costumbre, que se halla probada en este assunto, sea immemorial, y por lo mismo no se entienda côprehendida en el Concilio (aun quando expressamente excluyesse la costumbre) sino es haziendo mencion tambien de la immemorial, como latamente funda, y D. Salg. *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *à num.* 152. Gonz. *vbi sup. glos.* 33. *per tot.* y el Padre Anaclet. Autor moderno, *in ius Canonicum vniversum, tom.* 1. *tit.* 4. *de consuet.* §. 8. *à num.* 189. *& comm.* D. D. sin embargo de todo esto se entiende comprehendida la immemorial, quando por la Ley, ò Canon, ò Estatuto, se deroga la costumbre, por ser irracional, esto es, como irracional; ò quando milita para la pro-

hibicion, ò derogacion, en la immemorial la misma razon, que en la costumbre ordinaria.

31. Se responde à lo primero, que no es irracional *de se* la tal costumbre, ni menos opuesta à el Derecho Divino, ò natural; pues como dize Reginaldo *in prax. for. pœnit. lib. 30. tract. 3. de rescript. Apost. num. 266.* el vso de las expectativas lo quitò el Concilio por el abuso, que se ha introducido, aun en las cosas, que por sì son justas, à causa de la malicia de los hombres; porque el tal vso por sì no es ilicito, ni reprehensible, cessando el abuso, ibi: *Notandum est primò, horum quidem rescriptorum, seu mandatorum Apostolicorum vsum prohiberi in Concil. Trident. sess. 24. cap. 19. de reformat. propter abusum, qui in res etiam de se iustas, per malitiam hominum irrepit; non esse tamen de se illicitum, & reprehēdendum, si absit abusus.* Y assi *de se* no es corruptela, ò iniqua introduccion, y como tal imprescriptible, *ex cap. vlt. de consuet. cum simili.* como estos AA. llaman à la iniqua, ò irracional, *in loc. sup. cit.* fuera de que no siendo *evidenter* mala, aun la costumbre *diuturna*, que es la de diez años, dà *probabilem causam dubitandi*, para valer la sentencia pronunciada *contra ius, de quo potest dubitari ratione consuetudinis*, vt Anaclet. cum aliis *ibid. §. 6. num. 167.* quanto mas otra mayor? Y mas *ad rem* D. Salg. *de Reg. part. 1. cap. 1. præl. 3. num. 122.* ibi: *In casu dubio, an aliquid sit contra ius Divinum, vel non, consuetudini standum est: Nam sicut Lex positiva modificat, & interpretatur legem Divinam, vt notatur in Cap. Quæ in Ecclesia. de consuet. idem potest consuetudo.* y lo prosigue exornando con muchos AA.

32. Y à lo segundo, se dize, que *dato, & non concesso*, que el Concilio la quitasse, ò derogasse, y como vso, ò costumbre irracional *ex se, y contra bonos mores*, segun parece lo es la expectativa *de successione viventis*, por la ambicion, que en sì arguye, y el *votum captandæ mortis*, que ocasiona, *ex cap. Detestanda. & cap. Nè captandæ. de Conces. præb. in 6. cum simil.* No milita esto mismo en la costumbre presente, porque en las expectativas *ad beneficia viventis*, que solo se confieren *ad libitum Superioris, ex dispositione iuris*, no tienen los pretendientes mas motivo, ò llamamiento, que su mero apetito anticipado; mas en las Capellanias, que se han de conferir *præcisè* à los pretendientes, que llama el Fundador, y que el que lo es, por lo mismo se halla tan llamado de antes, y con Dere-

cho

cho adquitido (como por la expectativa, que confiere *Ius ad rem*, Flam. *vb. sup. quæst.* 23. *lib.* 2. *num.* 15. y Reginaldo *vb. infr.* y Anaclet. *vb. sup. tit.* 9. §. 1. *num.* 17. y assi, poco adelantò con ella el Capellan) para quando llegue el tiempo de poderfela colar: y aviendo llegado entonces para con el fusodicho, no ay fospecha de ambicion, ni de ocasionar tampoco el *votum captandæ mortis*, y menos entre parientes, Religiofos, y Eclesiasticos, vnidos, y convenidos, y que saben, y conocen, que en vna, ù otra vacante han de entrar en su lugar, si la ocasion lo permite, *ex his, quæ tradit* Sanchez *in Decalog. tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 2. *â num.* 54. *latè per seqq.*

§. IV.

SE ESFVERZA, QVE NO MILITA LA PROHIBIcion de el pacto de fuccessione viventis *en estas Capellanias.*

33. LO QVAL MAS SE VERIFICA EN LOS terminos presentes, porque aunque *generaliter* se reprueba todo pacto *de successione viventis*, y mas en los Beneficios, ò piezas Eclesiasticas, por esta misma razon de ocasionar el desseo *captandæ mortis alienæ, ex Leg. vlt. C. de pact.* & *cap.* 5. *eod. tit. vbi* D. Gonz. & *dict. cap. Detestanda.* & *cap. Nè captandæ. cum simil.* (Pues aunque tambien se reprueba *generaliter, quia aufert liberam facultatem testandi*, esto no milita aqui) no obstante esto, se limita, y se evacua esta ocasion, ò fospechado desseo, consintiendo en ello aquel, *de cuius successione tractatur*: Rebuf. *vb. sup. de Reprobat. Benef. vivent. impet. n.* 23. 43. y 58. Lacroys, *de Benef. lib.* 4. §. 5. *fol.* 225. *n.* 465. Sanchez, *vb. prox. n.* 2. & *præcipuè. n.* 54. *per seq.* donde lo funda latamente; y haziendose cargo tambien de otras razones, que los Canones, y Leyes, y Doctores assignan concurrir, para reprobar el pacto *de successione viventis*, y todas las reduce à esta razon principal, y que cessando esta, cessa la prohibicion, perseverando el tal consentimiento *vsque ad mortem, ex dict. Leg. vlt. C. de pact.* ibi: *Nisi ipse, de cuius hæreditate pactum est, voluntatem suam accommodaverit, & in ea vsque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit.*

34. Y la razon de cessar por este medio la dà *dict. L. vlt.* ibi: *Tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit, illo sciente, & iubente, huiusmodi pactiones servare*; con otras muchas, que agrega id. Sanchez, *vb. prox.* que todas son para el caso, y algunas

las

las expressadas *sup. num.* 32. sobre la diferencia, que và de estas Capellanias à los demàs Beneficios; y aunque la *Glos. in cap. Nulla, de conces. præben. lit. D.* assintiendo à esta excepcion, la limita en las Prebendas, porque aunque el Prebendado consienta en la futura succession, no puede conferir à el expectante la Prebenda, ò Beneficio: para esso tambien concurre el consentimiento de el Fundador, que es el que puede llamarle, y sobre todo el consentimiento, y autoridad de el Superior, que es quien puede conferirla.

35. Y por esso no se dàn las Coadjutorias *cum futura successione*, sino es *ex consensu Coadiuti*, y à instancia de el Coadjutor, y de el Proprietario, Gonz. *dict. glos.* 5. §. 9. *à num.* 50. donde à el 51. habla tambien de las Rectorias, y Beneficios curados, y al 52. concluye diciendo, ibi: *Hodie tamen numquàm dantur, nisi de consensu Coadiuti, licèt olim aliquando concederentur*: y se remite à el num. 93. donde dize, puede el Papa, y que ha solido nombrar Coadjutor con futura succession à Canonigo, demente, sin su consentimiento, y aunque aquì por la demencia, no lo podia prestar; todavia parece, que antes de el Concilio, las concedian los Papas, llana, y absolutamente; segun lo que dize antes, *dict.* §. 1. *in proœm. à num.* 27. donde tambien *per seqq.* dà à entender, que vno de los motivos de antiquar, y derogar las gracias expectativas, fue por no perjudicar con ellas à los Obispos; lo que no milita aqui, antes si es à su favor. Y tambien oy se conservan *preces primariæ*, esto es, los indultos Apostolicos concedidos à los Principes, para poder nombrar *ad primam vacaturam*, como añade Lacroys, *vb. sup. dict. num.* 465.

36. De que resulta mayor confirmacion de lo referido *sup. num.* 30. y 31. en orden à no contener este vso, y practica de las expectativas, irracionabilidad *ex se*, ni *contra Ius naturale, aut Divinum*, y menos en nuestro caso, ni tampoco militar la sospecha de ambicion, y el *votum captandæ mortis*, en estas Capellanias; como en los Beneficios, ò Capellanias *liberæ collationis*: porque se han de conferir *præcisè* à los expectantes, llamados *à Fundatore, successivè* vno en pos de otro, sin que por lo mismo sea menester, que en muerte, ò vida consienta el primero Capellan, para que el otro succeda, pues basta el consentimiento de el mismo Fundador (que todos deben prestar, y aqui lo prestò *expressè* el Religioso) y la

apro-

aprobacion, y autoridad de el Superior; porque los Fundadores, Patronos, ni Capellanes, no son dueños de las Capellanias, ni pueden disponer de ellas por sì solos.

37. Y este orden successivo, que disponen, se halla confirmado, y aprobado por el Sr. Ordinario, sin embargo de no admitirse en las piezas Eclesiasticas, *nec imago successionis, cap. Cùm Apostolica. 8. caus. quæst. 1. cum simil.* (que en realidad no la ay, pues à mas de succederse *solùm Iure vocationis*, supone la idoneidad, y el Clericato, sin lo qual no sirviera el llamamiento) y de parecer, que induce este orden successivo, y esta esperanza segura (de aver de ir succediendo los vnos Capellanes à los otros) el *votum captandæ mortis*, y esto por la prevencion, ò pacto de el Fundador, que no solo ponen estas, sino otras condiciones mas estrechas, *præter, aut contra Ius*, y no obstante se toleran por las razones, que expressa Mostazo, *de causis piis, lib. 3. cap. 3. num. 26.* con varios textos, y AA. y à el num. 35. ibi: *Nè Fundatores à fundandis memoriis piis retraherentur.* y Lara *lib. 2. cap. 1. num. 11.* y 21. y *cap. 9. à num.* 56. vbi entre otras razones pone la de *Quia Episcopus debet esse gratus Fundatori.*

38. Y assi en la prohibicion de nuestra hypothesi, aun no se entenderia comprehendida la costumbre, y menos la immemorial, no siendo irracional de suyo, ni repugnante à el Derecho Divino, ò Natural, sino solo reprobada por su abuso *contra bonos mores*, si bien no *naturales, vel qui turpitudinem præ se ferunt* (*maximè* en nuestro caso) *vt ex Fortun. & aliis*, D. Covarruv. 2. *part. rub. à num.* 12. pues el abuso cessa en los terminos presentes, por no militar aqui la misma razon, que alli para la prohibicion, atentas las circunstancias, y las dispariedades, que ay entre los Beneficios, ô Capellanias, de libre colacion, y las Capellanias, *què precisè conferuntur ex dispositione hominis:* de lo que siendo notable, tampoco se hazen cargo los AA. ni aun el Garcìa, y Barbosa, y assi menos *contra nos, & contra ipsos.*

§. V.

FVNDASE, NO CONTENER TAMPOCO NVLIDAD, por via de resigna.

39. DIXOSE EN PARENTHESIS, *NOTANtèr, sup. num.* 24. no ser caso de resigna, por lo alli fundado, *per transennam;* pero podràse replicar, que

aun-

aunque no lo fue de parte de el Religioso, parece que lo fue *respectivè* à el Capellan, pues renunciò el *Ius ad rem* (que por su oposicion, y por la fundacion, y por el nombramiento de su Padre, tenia ya adquirido à la Capellania) à favor de el Religioso, y esto con la circunstancia, de que tambien se le avia de hazer colacion à el dicho Capellan; y por consiguiente adquirir el *Ius in re*, aunque *in pendenti*, y suspenso, para si llegasse el caso de aver de sobre vivir à el Religioso: y este modo de resigna es condicional, como hecha *in favorem tertii, cum clausula, Non aliàs, vel non aliter, nec alio modo*: lo qual està prohibido à los Ordinarios, y solo puede admitirse por el Papa, por la prohibicion de los Canones, y Bulas, y en especial las Pianas, de que *latè* Flam. y los demàs AA. que Anacleto recopila (como por fin tan moderno) *sup. tit.* 9. *dict.* §. 4. & 5. *per tot.* si bien *in hoc.* §. *num.* 106. pone la opinion contraria de no contener simonia la tal resigna, segun el Sr. Covar. Less. Barbos. y otros, que cita, de los quales D. Covar. 1. *var. cap.* 5. *num.* 5. *per tot.* es muy de vèr para el caso; pues *dicit inter alia, quòd si eas Prælatus* (hablando de el Ordinario) *admiserit: nullum aderit vitium, saltèm simonia: quod & Dominicus Soto probat. lib.* 9. *de Iust. & Iur. quæst.* 7. *art.* 2. *imò nil agit contra Iuris prohibitionem, eas simpliciter admittens, & cætera.*

40. Pero à esto se responde con el mismo Anacleto, lo primero, que la resigna propria, y rigorosa, ò yà *Real*, ò yâ *Confidencial*, de que hablan los Canones, y Bulas, si *Confidencial*, es aquella propriamente, quando vno la procura, ò solicita à otro vn Beneficio, eligiendo, presentando, ò resignando, ò de otra qualquier suerte, con cierta confianza, ò pacto celebrado, de que el tal Beneficiado, lo ha de ceder despues, à el que se lo procurò, ò à otro tercero con los frutos, à su tiempo, ò parte de ellos, *vt in* §. 4. *num.* 76. & §. 5. *num.* 107. que esta es la simonia *Confidencial*, que reprobò Pio IV. por su Bula (*Romanum Pontificem*) y despues Pio V. por la suya (*Intolerabilis*) que ya se vè no milita en nuestro caso, como en tan distantes terminos, y assi *nihil contra nos.*

41. Si *Real*, es por la que, el que possee vn Beneficio de libre colacion, ò tiene en èl *Ius in re* (*scilicet per collationem acceptatam, ante adeptam possessionem*) lo renuncia, *non in lite, pro bono concordiæ, & pacis*; sino voluntariamente, y à favor de

vn

vn tercero, que no tiene *Ius* à èl, *nec in re, nec ad rem tantùm*, en que por esto mismo se presume intervenir alguna passion ilicita, *saltim in foro externo, vt in* §. 5. *num.* 109. nada de lo qual milita en este caso, porque ni el D. Bartolome tenia, ni gozaba la tal Capellania, ni tenia tampoco en ella *Ius in re*, sino solo el *Ius ad rem* (que ni aun su renuncia pide autoridad superior, *vt in* §. 1. *num.* 17. ni el *Ius in re* litigioso, *quando lis anceps est, & Ius verè dubium, vt n.* 18. segun la opinion, que pone; *& in* §. 3. *num.* 57.) y mas *pro pace, & concordia, ad exterminandas lites*, y à favor de el Religioso con el mismo *Ius ad rem*, que tenia mucho antes: donde como no militan los terminos formales de resigna, ni igualmente las presumptas de ilicita passion: tampoco militarà la misma prohibicion, y mas siendo penal, y restringible, *vt in simili, funda dict.* §. 5. *num.* 86. *ex Reg.* 49. *Iur. in* 6. *& Leg. Interpretatione. ff. de pœn.*

42. Lo segundo, se responde con el mismo Autor, *dict.* §. *num.* 114. y 117. que la Bula del Sr. Pio V. *Quanta Ecclesiæ.* en que constituyò, que estas resignas *Reales*, hechas *in favorem tertii, seu cum clausula Non aliter*, no se pudieran hazer ante los Obispos, ni otro inferior à el Papa (à mas de no estàr inserta *Iuri Canonico*, ni recebida en España, *vt refert ex* Garc. *part.* 11. *cap.* 3. *num.* 270.) no procede *in Beneficiis Iuris Patronatus: in his quippe de Iure communi debet institui præsentatus à Patrono, dummodò sit idoneus, atque ita declaravit Gregorius XIII. Cuius declarationem refert* Pirrhus Corradus *lib.* 5. *prax. Benef. cap.* 11. *num.* 50. *vers. Est tamen*, & Garcìa *vb. prox. num.* 268.

§. VI.

RETOCASE LO FVNDADO POR VIA DE EXPECTATIVA, y Resigna, con la distancia Juridica, que ay de Rescriptos de gracia, à los de Justicia.

43. DIGNA ES DE TODA REFLEXA ESTA limitacion, no solo para el punto de resigna, sino tambien, y mejor, para lo de expectativa, y todo lo demàs de nuestro assumpto, y para comprobar la gran disparidad, y diferencia, que và de los Beneficios, ò Capellanias *liberæ collationis*, à las Capellanias, que *præcisè* se confieren *Iure vocationis, seu nominationis Patroni, vel Fundatoris* (que

es

es el principal Patrono, como arriba se dixo con Mostaz. *lib. 3. cap. 8. num. 31.* y por esso todo es vno, ò *ad instar Patronatus*) porque en los Beneficios, ò Capellanias de libre colacion, el que se anticipa para obtener la futura, se puede llamar intruso; pues se entra sin llamarle, y se le puede adaptar lo de el Evangelio: *Quomodo huc intrasti?* y lo de el Apostol: *Nemo debet sibi honorem assumere, sed qui vocatur, &c. relat. in cap. 17. de election.*

44. Y assi se dà à sospechar de ambicion anticipada, y que por lo mismo en el tal, la expectativa, ò futura succession podrà ocasionar el *votum captandæ mortis*; lo que no milita en las Capellanias de llamamientos por el mismo Fundador, ò los Patronos; que las pueden pretender, y litigar los llamados, y nombrados, sin nota de ambicion, ni otra sospecha, pues solo vienen llamados, y no se entran, ni pretenden mera gracia, sino piden de justicia: y assi las expectativas, que el Concilio derogò, se llaman *rescripta gratiæ*, ò *gratiæ expectativæ*; y por lo mismo su prohibicion no puede estenderse *ad rescripta Iustitiæ*, como estos, *ex sup. laudat. Iur.* pues toda prohibicion es restringible, *y mas siendo correctoria.*

45. Y este es vn fundamento tan digno de atencion, y reflexion, como que èl solo basta para poder elidir la prohibicion Conciliar, sin necessitar para ello valernos de la costumbre. Ni obsta, el que esto se haga *per viam concordiæ, & pacis*; no por tela de Justicia: pues â mas de serlo, el exterminar los pleytos, *cap. Finem litibus. de dolo, & contum; cum simil, & infrà latiùs fundatur*: solo se debe atender à la raìz del litigio, que es el punto de Justicia; D. Salg. *de Reg. part. 4. cap. 6. à num. 34.* Pareja *de Inst. edit. tit. 4. resol. vnic. â num. 137.* Y aun quando esto admitiesse alguna duda, y tambien lo restringible de la prohibicion: bastarìa la costumbre à resecarla, por ser la mejor interprete, *ex L. Si de interpretatione, cum aliis plurib. ff. de leg. & ibi* Garc. & DD. Y à este fundamento Juridico aludirìa, lo que en el exemplar relacionado del dicho Sr. Verastigui representaron las partes, diciendo, que estos convenios *eran admissibles conforme à Derecho.* Fuera de que in dubio, *an sit rescriptum gratiæ, an verò Iustitiæ*, se debe interpretar por de Justicia, *vt cum aliis concludit* Anaclet. *lib. 1. tit. 3. §. 1. num. fin. de rescript. vbi latè, & præcipuè, à num. 27. de illorum divisione, & differentia.*

Y

46. Y por lo mismo se infiere, que el permitirse el pacto *de successione viventis*, quando aquel, *de cuius successione tractatur*, presta su consentimiento *usque ad extremum vitæ*, es porque por esso mismo es visto, que està llamando à el otro, à que le succeda; y que asi, como llamado, se presume no tendrà el *votum captandæ mortis*, pues no se entra, sin llamarle, *ad successionem viventis*, porque aun èl mismo le llama, y con la confianza, y conocimiento practico de sus procedimientos. Y de aqui tambien resulta, que si los demàs AA. se hizieran (como Anacleto) cargo de esta diferencia, en lo de expectativa, como en lo de la resigna, lo limitarian tambien en ella, como en esta, y asi mismo en lo demàs: como tambien si se hizieran cargo de la costumbre para lo de expectativa, y de la transaccion, *pro bono concordiæ, & pacis*, como se ha dicho, y dirà, prosiguiendo su discurso.

§. VII.

SE CONFIRMA TODO MAS, POR LO PRIVILEGIAdo de la transaccion, pro bono concordiæ, & pacis.

47. PVES MAS PROCEDE, QVANDO A Esta costumbre concurre el practicarse, y averse practicado, como por composicion, *pro bono concordiæ, & pacis*, y *ad resecandas lites*, causa tan privilegiada, como que contiene en sì el bien publico, que resulta de la paz, y q̃ por conseguirla, y conservarla, y resecar los litigios, y questiones, que la perturban, se admiten, y toleran muchas cosas, no solo *præter ius*, sino tambien *contra ius*, Gonz. *glos. 25. à num. 12. ex cap. Nisi essent. de Præb.* y otros muchos textos, y AA. que acumula, y Bob. *In polit. lib. 2. cap. 13. à num. 43. & lib. 3. cap. 9. à num. 5. & lib. 4. cap. 2. à num. 6.* y Molin. *de Iust. & Iur. tract. 2. disp. 557. vers. Excipiuntur.* ibi: *Quando ex rationabili causa ad præcidendas lites, odia, & gravia damna; hæc Principis supremi Authoritate facta, aut confirmata sunt*, & ibi: *Neque enim potestas hæc supremo Principi in commune bonum est deneganda*, & ibi: *Neque enim in pacem, ac bonum publicum, hoc ex rationabili causa ipsis est denegandum; & comm. DD.* De forma, que es por demàs el ponderar lo privilegiado de està causa, siendo tan encomendada en todos tiempos, asi por las Escrituras Sagradas, como profanas.

48. No siendo de omitir para el assumpto presente la doctrina de el señor Gonz. *in cap. Quoniam. de Offic. Ord.* donde,

aunque *à num.* 6. deduce por conclusion,el que no se debe admitir en vna Iglesia dos Obispos, ò Prelados, sino solo vna Cabeza *ad instar humani corporis*,refiere à el *n.* 10.*ex Historicis Hispaniæ*, que cita à el fin de este numero, los exemplares, que huvo antiguamente por dictamen de el Cocilio Toletano, donde los Obispos Arrianos abjuraron la heregia (porque avian sido privados de sus Iglesias, y subrogadose en ellas otros Obispos Catholicos)y cõ succesion futura de los vnos à los otros;respõdiendo à el argumẽto de estos exẽplares,y de los demàs,q̃ pone à el n. siguiente,(practicados mucho antes por el Concilio Africano, *relat. in cap.* 1. *de Paroch.* donde tambien se previno, y se practicò lo mismo con los Donatistas Obispos, reconciliados) diciendo, que esto se hizo, y permitiò *causa pacis*, y para mas invitarlos à la reconciliacion con estos exemplares, ibi: *Et pacis causa, duo permitterentur Episcopi in vna Diœcesi, ita vt altero defuncto, superstes solus Episcopus remaneret*: & *idem cap.* 5. *de pact.* n̄. 7.ibi:*Vt allicerentur ad abiurandas hæreses, statutum fuit, licèt contra iuris regulas, vt vno, eodemque tempore duo Prælati essent in eadem Ecclesia, & alter alteri decedenti succederet.*

49. Donde es de notar de passo,*ex eod. vbi sup. in dict. cap. Quoniam. num.* 8. el que la prohibicion de estas dos cabezas, ò Prelados, es solo *de Iure positivo*, (aunque muy conforme à la razon natural) y por esso pudieron practicarse, y permitirse los exemplares contrarios,como tambien la futura succesion, y expectativas, que por lo mismo las han podido, y pueden conceder los Papas, y aun han concedido algunas despues del Concilio, teste alio Gonz. *dict.* §. 1. *Prœm. à num.* 60. Y esta monstruosidad de dos cabezas (*ex dict. cap. Quoniam.* y alli el señor Gonz. *vbi prox.* ibi: *Tanquàm vnum corpus diversa capita, quasi monstrum.*) no se halla, ni milita en este caso, pues no huvo dos Capellanes *in actu, & eodem tempore*; sino *in actu* el Religioso, y el D. Bartolomè *in habitu*. Y assi los exemplares de la practica, ò costumbre, en cuya virtud se le hizo colacion à el susodicho, son en mas estrechos terminos; pues *simul* constituyen dos Capellanes *in actu*, y con succesion futura, y reciproca, y duplicada, de el vno, à el otro: y lo que mas es, cierta, y segura; mas no *merè* contingente, como la del Capellan; y assi no ay que estrañar tanto, y para èl sobra informe.

50. Por esta misma causa de la concordia, & *ad resecandas lites*, se instituyò *la Regla* 29. de la Cancellaria, *de subrogandis*

dis collitigantibus, por la que su Santidad dispuso, se subrogasse en el Derecho, y lugar de el litigante difunto el otro colitigante, con prelacion à vn tercero, ibi: *Litium succindere cupiens anfractus, & nè novi collitigantibus adversarij dentur; ad latè tradita per* Rebuf. *vb. sup. de Subrogat.* desde el fol. 211. y Luca, *vb. sup. disc.* 52. *per tot. & præcipuè num.* 16. ibi: *Atque subrogatio fit, & conceditur viventi, ob litium terminationes*; Palao, *vb. sup. punct.* 31. *disp.* 2. §. 6. siendo trivial, y notorio lo mucho, que se ha inclinado toda la Jurisprudencia Canonica, y Civil, y no menos la de el Reyno *ad lites exterminandas*, atropellando por ello Leyes, fueros, y costumbres.

§. VIII.

SE REALZA LA TRANSACCION, Y OBITER SE *demuestra, no contener nulidad, por via de* permuta, *y menos de* pension.

51. POR ESTA MISMA RAZON *EX BONO concordiæ, & pacis*, se permite, no solo en los Señores Ordinarios, y Legados, sino tambien en los Juezes Delegados, y Arbitros, como sean Eclesiasticos, transigir, y componer las partes *in causis Beneficialibus*; y pueden los Ordinarios admitir permutaciones *ex causa transactionis*, dividir, ò dismembrar los Beneficios, ò repartir sus frutos entre los Colitigantes (sin embargo de ser individuo por su naturaleza el Beneficio, *cap. Dilecto. cap. Maioribus. de Præb. cap. Cùm non ignores. & cap. Tuæ, eod. & tit. vt Ecclesiastica Benef. sine diminut. conferant, & comm. DD.*) y conferirlo à vno de ellos, y admitir por su Vicario, ò Coadjutor â el otro; ò que le pague pension, imponiendo este gravamen, *ex cap. Super eo. de Trans. & ib. glos. & DD. quos sequitur, & citat* Valer. *de Trans. tit.* 3. *quæst.* 6. *per tot.* Y aunque algunos defienden lo contrario, les impugnan, y responden Gonz. *vb. sup. glos.* 5. §. 5. *à num.* 27. *vsque ad* 35. Garz. *part.* 1. *cap.* 5. *à num.* 295. *ad* 316. Gracian. *tom.* 4. *discept.* 617. *â num.* 1. *per seqq.*

52. Y aunque muchos de ellos defienden, que no puede el Ordinario imponer la tal pension à el mismo Beneficio, sino à el Beneficiado, *vt apud hos* AA. *videri possunt*; no obstante otros siguen la opinion contraria; mas se valen para ello de el asylo de el convenio, ò transaccion, ò composicion, *pro bono concordiæ, & pacis, inter quos sunt* Valer. *vb. sup. à n.* 16.

con

con otros muchos, que cita, refutando, y respondiendo à los AA. contrarios (*Quorum vnus est* Garc. *vb. prox. â num.* 334.) è interpretando los *text.* que se oponen *vsque ad num.* 19. y à los que Valer. cita por su opinion, sin embargo de ser tantos, y de especial nota, se pueden agregar los que añade à èl, Garc. *ibid. num.* 332. y Gracian. *vbi sup. à num.* 16. y Castro Palao (à mas de los lugares, donde Valeron le cita) *de Benef. disp.* 1. *punct.* 11. *â num.* 4. en donde se ratifica, y refiere à ellos, diciendo: *Ibi enim resolvimus secundùm probabiliorem sententiam, non posse Ordinarium pensionem Beneficio imponere, sed solùm Beneficiario; excepta causa pacis, & concordiæ.*

53. Mas es digno de reparo, que los AA. que dizen, que solo puede poner el Ordinario pension à el beneficio *ad vitam Proprietarii, seu Beneficiati*, hablan indistintamente, y con generalidad, por qualquiera causa justa (si bien todavia otros con esta misma generalidad, dizen, que puede ponerla, *ad vitam Pensionarii*, esto es, *tantùm transitoria ad successores Beneficiati, pro Pensionarii vita*; pero hablando *contractivè ad bonum concordiæ, & pacis*, algunos de los mismos, y otros muchos dizen, que puede ponerla perpetua, y transitoria *ad omnes successores, vt videre est apud* Gracian. *à num* 13. *ad* 17. *& apud* Garc. *à n.* 331. *vsque ad* 333. y este mismo Autor despues *num.* 339. apoya la opinion *pro vita Pensionarii, ex aliis causis iustis, & rationabilibus, quæ evidentem Ecclesiæ vtilitatem importent.*

54. Pero no se haze cargo de lo mucho, q̃ puede, y coadiuva la costumbre en todas cosas, y mas en este assunto, que mas tiene su origen, y principio del vso, y estylo *Curiæ*, que â *Iure*, como dizen los AA. por cuya razon Suarez de Relig. *trat.* 3. *lib.* 4. *cap.* 51. *num.* 18. dize: *Quòd licèt Episcopus Ordinariè non posit pensionem super beneficio imponere, nihilominus illa regula patitur exceptiones aliquas, quæ ex Iure, vel consuetudine sufficienter colliguntur, & vna illarùm est causa transactionis, & concordiæ. Sequitur* Fr. Raphael de la Torre, *dict. quæst.* 100. *art.* 6. *disp.* 12. *vers. Sed hæsitabit.* y es el ibi de Garcia *ibid. dict. num.* 332. de que tambien resulta, què al modo que los AA. que en punto de expectativas no se hazen cargo de la costumbre, no se puede dezir en realidad, que pugnan, ni son en contra de los què con la costumbre limitan el Concilio (como arriba queda dicho) asi los que tampoco, ni en esto, ni en lo demàs, que se oponen, no exceptuan, ni contrahen à el *bonum concordiæ, & pacis*, ni se hazen cargo de ello,

§. IX.

§. IX.

EXPONESE, COMO ES LICITO EL CONVENIO de las partes circa beneficialia.

55. Y No ſolo puede poner penſion eſpiritual, ſino tambien temporal *pro bono pacis, & litis concordia,* como tambien Valer. *n.* 14. *ex Cap. Niſi eſſent. de Præb.*vb. Hoſtienſis, Parnormit. *& alii ibid.* con otros muchos AA. q̃ alli cita, de los quales Suarez, y Bonacina, aquel *vb.prox.dict.cap.* 55. y eſte, *tom.* 1. *diſp.* 1. *de Simon. quæſt.* 4. §. 14. difieren eſpecialmente, en que Suarez dize, que aunque puede poner la tal penſion à el Beneficio por convenio antecedente de las partes del todo ſubordinado à el Ordinario; mas no la temporal, ſino es de oficio; (y alli ſe haze cargo, de que lo temporal, no es por lo eſpiritual, ò derecho al Beneficio, el qual dize no ſe tiene *in conſideratione* para la tranſaccion, ſino ſolo el *bonum pacis,* q̃ aunque es eſpiritual, contiene tambien el bien temporal del ahorro de las coſtas, y las demàs penſiones, q̃ ſe eſcuſan) pero Bonacina dize, q̃ del miſmo modo puede poner la penſion tẽporal, precediẽdo para ello el convenio de las partes, ſubordinado del todo à el Ordinario, y eſto por la razon miſma, q̃ milita en la otra eſpecie; pues ſi alli pueden las partes proponer el tal convenio à el Ordinario, porque eſte puede admitirlo, y hazerlo *ex officio ſuo*: lo miſmo milita aqui.

56. Y aſsi como el fin es licito, lo ſon tambien los medios neceſſarios, ò conducentes à el fin, como alli lo funda, y prueba Bonacina, y aſsimiſmo Gibalino, *de Simon. quæſt.* 20. *conſect.* 15. *num.* 7. à el modo, que en las permutas primero ſe confabulan, ò ſe convienen las partes para ìr à proponer ſu convenio à el Ordinario, porque eſto no lo pueden hazer, ni tratar por sì, ſino ſolo *in fieri, & omnino reſpectivè* à la ſubordinacion ſuya, en cuya conformidad, eſto es licito à las Partes, como dize, vb. ſup. Bonacina; *& multis* Barboſ. *comprobat. lib.* 3. *de Iur. Eccleſ. cap.* 15. *num.* 162. *&* Valer. *ſup. num.* 19. *&* Anacl. *tit.* 2. §. 4. *num.* 102. donde aſsimiſmo conteſtan, que eſto ſolo es prohibido, quando lo tratan las Partes entre sì abſolutamente, *& non habito reſpectu, nec cum ſubordinatione ad Ordinarium.*

57. Y la razon de ello es, porque con eſte reſpecto no hazen las Partes nada, ni perfeccionan el acto; ſino ſolo el Ordinario, à quien lo han de proponer, y quien lo harà, ò no lo

harà, si fuere licito, ò ilicito; ò si conviniere, ò no, Vgolino de Simon. *tab. 1. cap. 29.* §. 3. *num.* 2. Fr. Raph. de la Torr. *dict. quæst.* 100. *art.* 6. *disp.* 12. Anaclet. *vb. sup.* §. 5. *num.* 106. ibi: *Si Prælatus non acceptat, nihil actum est*; y aceptandolo, *nullam involvit pactionem, neque Simoniam.* ex D. Covarr. Less. Barbos. y otros que alli cita (aunque no los sigue) en mas rigorosos terminos, como son los de resigna condicional, hecha *in favorem tertii, cum clausula, Non aliter, de qua suprà dictum est.* y por esso mismo, aunque el Sr. Torrejon no quiso admitir entonces aquel propuesto convenio, porque huvo de parecerle, no convenir admitirlo: ò no avia de tener noticia de la costumbre, ni de lo que practicaba en esto el Provisorato: no tuvo en que tropezar, ni sindicar à las partes.

§. X.

EXPLICASE MAS LO LICITO DE EL CONVENIO, con la distincion de simonia natural, à la Eclesiastica.

58. PORQVE SVPONIENDO POR PRINCIpio sentado, que la simonía *propriè sumpta*, y que como tal, està prohibida *de Iure Divino, & Naturali*, es solo en la que se dà *directè, ò indirectè pro pretio*, ò como *pro pretio* alguna cosa temporal por lo Espiritual, ò lo à ello anexo: esta no se verifica, quando solo se dà vna cosa Espiritual por otra; si bien no por esso se puede *licitè* dar, ò permutar vn Beneficio por otro, porque *in Beneficialibus* ay prohibicion expressa por los Canones, para no poderlo hazer las partes entre sì, por su propria autoridad, sin la de el Superior; porque los Beneficios no pueden obtenerse, sino es por colacion, ò institucion Canonica, y esta nadie la puede hazer, sino el Superior, *vt omnes fatentur*: mas esta prohibicion solo induce simonia *latè sumpta*, esto es, *Iuris positivi*, ò Eclesiastica, que llaman los AA. porque *simoniam redolet* todo pacto celebrado entre las partes en punto de Beneficio, sin respecto à el Ordinario. Con que aunque se contemple por permuta, *latè sumpta*, como puede, por ceder, ò aver cedido el Capellan, el *Ius ad rem*, por el *in re*, aunque contingente: no contuvo nulidad, ni vicio alguno.

59. Pues todo esto lo expurga, evacua, y desvanece el *omnimodo* respecto à el Superior, y su intervencion, y autoridad, *sicut Sol expellit tenebras*, que assi con estos terminos se explican los AA. y especialmente Suarez, y el Padre Anaclet. *ibid. titul.*

9. §. 4.

9. §. *4. num.* 88. *&* 89. ibi: *Tunc enim hoc totum salvat* (hablando de el Obiſpo) *vitiumque ſimoniæ abolet authoritas Superioris, ſive Ordinarii loci. Et* §. *5. num.* 105. ibi: *Sicque ſua authoritate* (hablando de el Papa) *eiuſmodi ſimoniam purgare, ac veluti Sol, tenebras diſpellere,* Rebuf. *vb. ſup. de Permutat. fol.* 354. *num.* 52. *y* 53. *ex cap. Quæſitum. & cap. Cùm vniverſorum. de rer. permutat.* y eſto, aunque hagan las partes inſtrumento ſobre ello obligatorio, (ſi bien ſubordinado à el Superior) como lo es en ſu esfera la peticion de convenio, que dàn para ello las partes, *ex* Rebuf. *ibid.*

60. Y aſsi tambien es licito *ex eiſd. vb. ſup. in foro poli,* y Dian. *part.* 10. *tract.* 16. *verſ. Sed hic quæro.* y el Padre Octaviano Maria, Autor moderno, *in repert. moral. part.* 1. *interrogat.* 191. *fol.* 152. y D. Covarr. en punto de reſigna hecha *in favorem tertii* (que es mucho mas delicado, como arriba ſe ha expreſſado, y abaxo ſe repite) 1. *var. dict. cap.* 5. *& num.* 5. con Soto *de Iuſt. lib.* 9. *quæſt.* 7. *art.* 2. ibi: *Quòd ſi eas Prælatus admiſerit: nullum aderit vitium, ſaltim ſimoniæ; imò nil agit contra Iuris prohibitionem, eas ſimpliciter admittens, &c.*

61. Y à mas de eſtas razones legales, y Theologicas, para que ſiendo el fin licito, lo ſean tambien los medios proporcionados à el fin (porque eſtos ſe eſpecifican en buena Theologia, y Filoſofia, *à fine,* como *ab obiecto*) ay otra razon Juridica, mas de el caſo por lo miſmo; y es, ſer corriente en Derecho, q̃ quanto puede el Juez hazer de ſu proprio oficio, lo puede hazer tambien à pedimento de parte, en tanto grado, que eſta conſequencia corre llanamente: *Puede el Juez hazer eſto ex officio ſuo: Luego lo puede hazer ad partis petitionem;* mas no vale à el contrario, porque ay muchas coſas, que puede el Juez hazer *ad petitionem partis,* y no las puede hazer *ex ſuo officio*: lo qual no es menos corriente en theorica, que en practica, y por lo miſmo ſe omite el apuntar las doctrinas.

62. Y es tambien de advertir, para mas corroborar ſemejantes tranſacciones, q̃ no lo ſon *rigoroſè,* ſino ſolo *lato modo,* en quanto ſe comprehenden baxo de la voz, y nombre comun de compoſicion, que divide, y ſubdivide doctamente Molin. *dict. trat.* 2. *diſp.* 556. *verſ. Hoc loco. vſque ad* ibi: *Dividitur præterea in eam, qua amicabiliter lis, & controverſia componitur prudentis arbitrio, dividendo rem, aut emolumentum, quod ex ea ſperatur inter eos, qui circa eam controvertunt, aut id aliunde compenſando pro quantitate, & quali-*

qualitate Iuris dubii, quod vnusquisque eorum prætendit, vt ea ratione ostium litibus præcludatur, aut finis eis iam motis ponatur, pax que conservetur; non tamen quasi ibi aliquid detur in pretium, aut quasi in pretium pro Iure ad rem spiritualem, quod alius obtendebat. Atque einsmodi compositio, quæ verè non est transactio, locum habet circa res spirituales: y lo mismo en sustancia dà à entender Zerola *in prax. Benef. fol.* 319. *verb. Simonia.* §. 1. *&* 2. llamando â esta transaccion, composicion amigable, varias vezes.

63. De que resulta, y se infiere claramente, no aver culpa, ni defecto, que se le pueda arguir à el Capellan por dicha composicion en vno, ni en otro fuero; y que en querer sindicarle, ò que se le sindique, no se ha parado el Fiscal, ni los demàs en el Carybdis, ò Scyla, en q̃ han incidido: porque à quien solo se puede dirigir su injusta sindicacion, ò sugilacion, es contra el lustre, y decoro de esta Jurisdiccion, y de la Dignidad, en vna, y en otra Sede, por averlo practicado con la justificacion, que se debe contemplar, y presumir de vn tan venerable Tribunal, tan puro, y acrysolado en sus determinaciones, à quien por lo mismo toca la satisfaccion condigna, que dexa reservada el Don Bartholome à su alta contemplacion, seguro con el asylo de averlo propuesto asi, y el dicho Religioso Colitigante, *pro bono concordiæ, & pacis*, y no à el ayre, ò como quiera, ni por imaginaria, ò fantasia, ni por privativa idea, sino con el fundamento, no menos justificado, que la sabida noticia de esta practica, y costumbre tan antigua.

64. Y asimismo se infiere, y resulta claramente, no ser digno de reparo, como à el Fiscal le parece, y se alega de contrario, el no aver interpuesto juramento en la peticion dada por parte de el Don Bartholome, y de el dicho Religioso, proponiendo su convenio, ò amigable composicion; antes bien el juramento fuera digno de reparo, y aun quizà culpable: porque como el juramẽto solo puede interponerse por las partes, en lo que por sì pueden tratar, y contratar, y perficionar por sì, fuera darse à sospechar, de que asi lo avian tratado, contra la prohibicion Canonica, y Juridica, y por ello *fortassè* se harian reos, è indignos de admitirseles la dicha composicion; y esta *fortè* serìa reprobada, como ilicita, y que *simoniam redolet*, à lo menos por el pacto, *vt suprà dictum manet*, no siendo subordinado de el todo à el Ordinario.

65. Y asi deben entenderse los AA. y combinarse vnos, y otros,

y otros, en quanto à que todo pacto, composicion, ò convenio tratado por las partes *in Beneficialibus*, es reprobado, è ilicito, *ex sup. allegat. Iur.* & præcipuè Valer. *num.* 19. *&* 20. con los que cita *hoc numero: & alii apud* Garc. *part.* 1. *cap.* 5. *n.* 352. y por lo mismo en el nuevo convenio, ò composicion practicada, y admitida por este Tribunal *el dia diez de Mayo de el año passado de setecientos, y veinte y quatro*, en la Capellania de Carmona, litigada entre otros, por Don Andrès Madrigal Presbytero, y Don Juan de la Cueva de Menores (de que se ha presentado testimonio) tampoco interpusieron juramento; y alli no alegò el Fiscal este reparo, sin embargo de aver actuado en el pleyto, y lo que mas es, ni imploraron el Oficio de el señor Provisor, como se implorò en el convenio de el Don Bartholome, y el Religioso, que en esto se reconoce la gran formalidad, y buena fee, con que en ello procedieron. Ni se halla tampoco el juramento en los demàs exemplares presentados.

§. XI.

DEMUESTRASE EL IUS DUBIUM, *PARA MAS valor de la composicion.*

66. Y Aunque tambien los AA. requieren la circunstancia de q̃ los Colitigantes *habeant Ius ad Beneficium*, de forma, que aya duda sobre à qual de ellos le toque: y que no aya colusion, sino que el pleyto sea justo, veridico, y formal, como advierte Valer. *sup. num.* 15. con Barbos. *in dict. cap. Nisi essent. de Præb. num.* 9. *& alii sup. laudat.* y por lo mismo el Fiscal, y demàs Opositores quieren tambien suponer, que no tenia derecho el Capellan para la composicion, por no aver apelado en el termino legal: pudieran aver reparado, q̃ no apelò por sì à parte del otro Coopositor Presbytero, q̃ apelò, porque antes q̃ este apelasse, avian yà presentado la peticion de convenio: y q̃ sin embargo de esto, despues en la peticion, que por ambos se diò, contradiciendo la dicha apelacion, se protestò por parte del dicho Capellan apelar, y se apelò *ad cautelam* desde luego, en caso de no admitirse la tal composicion; que esta potesta conserva el derecho siempre indemne, para poder vsar de èl: Iranzo *de protest. dict. considerat.* 20. *per tot. & communiter DD.* Pero como à esto solo mirò la apelacion condicional, quedò *impendenti*, y suspensa hasta el exito; y no aviendolo tenido por la desercion del otro (con quien solo se entendiò) *pe-*

nitùs evanuit, ex vulgar. como no purificada la condicion.

67. Pues aunque se otorgò la apelacion, sin embargo del convenio (porque esto no podia perjudicar à el otro Coopositor, para no poder seguirla, si quisiesse, mediante es- tarle otorgada, *ad latè tradita à* Valer. *tit.* 2. *quæst.* 7.) despues, por no aver el apelante mostrado la mejora, se acusaron las re- beldias por el dicho Religioso, y pidiò se executasse la sentencia conforme à dicho convenio; y asi se practicò, quedando por este medio executoriado, como declarado por consentido, y passado en autoridad de cosa juzgada, *ex vulgat. Iur.* Desuerte, que aunque â el contrario, solo huviesse apelado el Don Bar- tholome, y despues se compusiesse con el Religioso en la forma referida: todavia pudiera el otro Coopositor vsar de la apela- cion, vna vez, que se avia otorgado, *vt* Valer. *vb. prox. â num.* 32. con muchos textos, y AA. Y lo que mas es, *quòd quàmvis super lite, ex re iudicata, decisa, transigi non possit, L. Post rem. ff. de re iu- dicata: Si tamen dubium sit, an res sit indicata, vel non, benè poterit fieri transactio, ita ad literam* D. Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 6. *in fin. & L.* 10. *C. de transf.*

68. Y en quanto à el *Ius substantiale*, esto es, el parentesco, y derecho, que tenia deducido el Capellan, y el dicho Religioso, consta *incontinenti* de los autos baxados del Archivo, que aun- que por su probanza se ponia en vn grado mas cercano, dizien- do ser quarto nieto de hermano del Fundador; y el dicho Ca- pellan probò cumplidamente con testigos, è instrumentos el grado de quinto nieto: No lo hizo asi el Religioso, porque su prueba padece los reparos substanciales, apuntados en el he- cho, sobre su entroncamiento, que es la parte principal de las probanzas, q̃ afianza la entidad del parentesco, è identidad de personas; la qual por el contrario no se destruye por tal, ò qual variedad en apellidos (como ociosamente se le opone à el Ca- pellan) quando *aliunde* consta. §. *Si quidem. institut. de legat. cum similibus*; y que sin embargo de esto, y lo demàs, que se opone, està ya executoriado su parentesco, y el Patronato en su linea.

69. Y tambien le obstaba à el Religioso, para poder ob- tener, el voto de pobreza, y su regularidad, que aunque se le dispensò por la Nunciatura; lo vno, suele dudarse, y contro- vertirse el punto, si puede, ò no dispensarlo, *ex Concil. Trident. sess.* 14. *cap.* 11. *& sess.* 25. *cap.* 2. *de reformat. & ibi* Barb. Garc. *vb. sup. part.* 7. *cap.* 10. *per tot. & præcipuè à num.* 28. donde di- ze,

ze, que no ſolo el Religioſo es incapaz de Beneficios ſimples, ſino aun los Canonigos Regulares, ſin diſpenſa del Papa, y Sanch. *in Decalog. dict. lib. 7. cap. 29. num. 75. & 76. cum pluribus*, y Ojeda, *de incompat. benef. part. 1. quæſt. fin. num. 96.* y Eligio Baſſeo, en ſus flores *pract. Theolog. verb. Beneficium primum, num. 2.*

70. Y aun concediendo, que ſe le deba dàr integra fee à el Nuncio, de que pueda diſpenſar, *ex illa clauſula: ſufficienti ad id facultate muniti*: (ſin embargo, de que tambien ſe duda, y controvierte, *ex eod.* Elig. *verb. Paupertas Religioſa. num. fin.* y Sanch. *dict. num. 76. & lib. 6. Conſ. moral. cap. 9. dub. 1. ex num. 20.*) No es tan facil la diſpenſa, ni la facultad para ello en perjuycio de tercero, y *cum Iure iam quæſito, ex L. 2. §. Si quis à Principe. ff. Nè quid in loco publico*: ibi: *Si quis à Principe ſimiliter impetraverit, vt in loco publico ædificet. Non eſt credendus ſic ædificare, vt cum incommodo alicuius id fiat: Neque ſic conceditur, niſi fortè quis hoc impetraverit*, & tunc, *cum incommodo parvo, non magno, ex Gloſ. lit. B.* y mas *ad rem, ex cap. Quàmvis. de reſcript. in 6. & cap. Si Apoſtolicæ. de Præb. eod.* y Gom. *in Reg. Cancel. de Iur. quæſit. non toll. quæſt. 4. in principio*; y mas no aviendo expreſſado en la impetra de el Buleto el Religioſo, eſte Derecho, y el pleyto, que avía pendiente con otros Coopoſitores, que ſi lo huviera expreſſado, no lo huviera conſeguido, ni obtenido en ſu perjuycio; y aſsi padeciò los vicios de obrepcion, y ſubrepcion, de que claudica tambien, *ex cap. Super literis. de reſcript. & ibi DD.*

71. Y lo otro, que aunque ſe quiera eſtàr à la afirmativa, ſolo pudiera ſubſiſtir *cum conſenſu Patronorum*, como lo expreſſa el Buleto, ibi: *Dummodo ad id accedat Patronorum conſenſus*, que aqui no ſolo no lo huvo, ſino aun lo contradixo el Padre de el Don Bartholome, que era el actual Patrono, ſegun ſe juſtificò inſtrumentalmente: y la palabra *dummodò*, importa condicion, ò al menos modo, Barboſ. *de dict. vſufrequent. dict. 95. per tot.* de forma que no cumpliendoſe, ò no verificandoſe, no ſubſiſte el tal indulto; como ni tampoco pudiera ſubſiſtir, ſi le faltàra el otro requiſito de la licencia de el Superior, ibi: *Et Superioris eius licentia*; ſin la qual, ni aun ſe pudiera admitir ſu opoſició à el Religioſo, ni ſer oìdo en juycio, como parte no legitima; Clement. *Religioſus. de Procurat.* Scacia *de Iudic. lib. 1. cap. 101. num. 39.* Sanc. *in dict. tom. 2. lib. 6. cap. 12. num. 10. & comm. DD.*

72. Y aun quando todo eſto ceſſaſſe, y huvieſſe ſido el in-

indulto *de consensu Patronorum*, no lo presentò en los Autos, quando hizo la oposicion, que fue el dia 16. de Enero de el año de 1700. sino mucho despues (que aunque su fecha fue de 26. de el mismo mes, era ya diez dias despues de la tal oposicion) porque à lo menos entonces ha de venir ya investido el Pretendiente con todos los requisitos necessarios, como lo defiende con Zevall. *com. contra com. quæst.* 693. *à num.* 16. Lara *de Capellaniis, lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 55.

73. Y assi no le pudo sufragar el dicho indulto, como Derecho *ex post facto*, y superveniente à el juycio, que no puede aprovechar en perjuycio de tercero, como lo era el Capellan, *vt idem* Lar. *vb. sup. num.* 59. y Zevall. *per seqq.* porque ya tenia adquirido Derecho por la vacante à dicha Capellania, por el mismo llamamiento de el Fundador, que es el principal Patrono, Mostaz. *de caus. piis, lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 31. à mas de que su Padre lo nombrò por Capellan, como parece del nombramiento *fol.* 146. en 27. de Marzo de el mismo año de 700. con el que, aunque posterior, confirmò mas el llamamiento primevo, y principal de el Fundador, de que vsò en su oposicion, que hizo el dia 26. de el proprio mes de Enero.

74. Y aunque dicho Buleto està de la misma fecha, que la dicha oposicion de el Don Bartholomè (à mas de lo prealegado) se presume posterior, segun el estylo, y practica de la Nunciatura, donde no se libran los despachos hasta la tarde, despues de la Audiencia, que se haze à el medio dia, como es publico, y notorio, y por tal se alega: lo que basta para prueba; pues quando es notoria la costumbre, no solo basta alegarla, sino aun los Juezes pueden, y deben suplirla, Mascard. *de probat. cum pluribus, conclus.* 423. *à n.* 27. que cita, y sigue Anaclet. *sup. tit.* 4. §. 3. *num.* 172. Y acà en el Provisorato se admite la oposicion en la Audiencia desde luego, que se haze de diez â onze, por lo regular, â que solo se ha de estàr, *ex axiom. Iur. à communiter accidentibus; latè in centur.* Everard. *loc. arg.* 56.

§. XII.

SE FUNDA, QUE LA DICHA TRANSACCION obsta à los Opositores.

75. RESTA AORA DEMONSTRAR, SI ESTA transaccion, ò composicion puede obstar, ò no, à los nuevos Pretendientes, ù Opositores; y que les obsta

es

es constante, y se evidencia, *speculativè*, y *practicè*, por estos dos dilemmas: *videlicet*, ò entonces eran ya *in rerum natura*, ò no lo eran: *si hoc secundum*, mal podian tener derecho alguno, segun el comun proloquio: *Non entis, nullæ sunt qualitates. Si primũ*: ò eran habiles, ò inhabiles: si lo eran ya (q̃ es caso especulativo) y tenian la edad, è idoneidad competente para ello, y que requiere el Concilio: Se avian de aver entonces opuesto con los demàs; pues para ello se despachan los Edictos; y de no hazerlo, por el mismo hecho era visto, que cedian su derecho, y venian à consentir en la tal composicion, à que despues no podrian oponerse, ni ser oìdos, ni admitidos contra su proprio hecho, *ex vulgar.* Mostaz. *lib.* 3. *cap.* 13. & Lar. *lib.* 2. *cap.* 10. *per tot.* como ni tampoco lo pudiera hazer, ni ser oìdo el otro Coopositor Presbytero, que tuvieron (Don Juan Salvador Chamizo) por no aver seguido la apelacion, que interpuso, y averse por lo mismo executoriado la sentencia con la tal composicion, mediante la desercion, y consentimiento tacito, que prestò, dexando el pleyto, pues no quiso proseguirlo, à la *L. Post rem iudicatam, vbi omn. DD.* & D. Gonz. *in cap. Cùm sit Romanã. de apellat. cum simil. & L.* 63. *ff. de re iudicat. & ibi Gloss. lit. R.*

76. Y sino eran habiles, ni capaces entõces para ello (q̃ es lo cierto) por no tener la edad, ni idoneidad cõpetente: tampoco podian tener derecho alguno adquirido, que les perjudicasse la dicha composicion. Porque aunque en los Mayorazgos adquieren los llamados derecho à la succession, nò solo luego que nacen, sino aun quando se conciben, *ad latè tradita per* D. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 9. *à n.* 1. *& ibi Addentes communiter*: es porq̃ en los Mayorazgos se sucede *Iure hæreditario*, como en las cosas profanas, y q̃ para obtenerlos, no se requiere à *Lege*, ni à *Fundatore* la edad determinada, è idoneidad, que se supone, y requiere en los Beneficios, y Capellanias, donde ni aun se permite *imago successionis hæreditariæ*; sino por idoneidad, y literatura, *quæ inest tacitè à Iure*, y assimismo el *Clericato*, como condicion precisa, para poder recebir la colacion, *ex Concilio Tridentino*, y por las vulgares disposiciones de derecho, con las que siempre es visto, se quiso conformar el Fundador; y mas despues del Concilio (como esta Capellania se fundò) y no teniendo tampoco clausula adjudicativa, Lar. *dict. lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 21. *ex Leg. Hæredes mei. §. Cùm ita. ff. ad Trebell.* con otros muchos AA. que alli cita.

77. Y aunque se quiera dezir (suponiendo, eran nacidos) que podian con el tiempo habilitarse, y oponerse, para vsar del *Ius ad rem*, que *ex fundatione* tenian: *istud Ius* no es de atender, ni se incluye por lo mismo *in Regul. Cancell. de Iur quæsito non tollend.* porque pende à *futuro eventu, qui potest se habere, ad esse, & non esse, Leg. Cedere diem. ff. de verb. Sig. vt latè* D. Valenz. *vbi sup. à num.* 10. *ad* 20. con Gom. *in dict. Reg. Cancell. & per seqq.* porque como alli se dize, este no es *Ius quæsitum*, sino *quærendum*, de quo non est curandum. Y lo mismo es en substancia, el no averse opuesto entonces, por incapaces, ò no nacidos: que si lo fueran ya, y no se huvieran opuesto: y como en esta hypotesi, no puedieran oponerse despues, ni abrir el juycio: Tampoco aora en la otra especie, en que estamos, pues *non est maior ratio vnius, quàm alterius*, imò maior est istius.

78. Y procede esta doctrina en tanto grado, que aunque despues sobrevenga otro nuevo Opositor de mejor derecho, no solo acavado el juycio, sino *etiam lite pendente*, como el tal no tenga, ò no trayga desde luego cósigo los requisitos del derecho, y fundacion, no podrà perjudicar à el de menor derecho, que los tenia, y se opuso, y fue en tiempo nombrado, y presentado con ellos: y esto aunque sobreviniessen los tales requisitos despues del juycio, ò *etiam lite pendente*, à el de mejor derecho, Lar. *vb. sup. à n.* 51. *& præcipuè num.* 59. Gutierr. *consejo* 2. *à num.* 16. Espino. *de Test. gloss.* 4. *num.* 70. el Sr. Diego Perez, *in Leg.* 1. *tit.* 6. *lib.* 1. *Ordin. vers. Nonò movetur.* Addent. ad D. Molin. *vb. sup. vers. Ampliatur superior conclusio in anniversariis, & Cappellaniis, & alii apud eos.*

79. *Et in rei veritate*, no solamente el menor, pero ni aun el de menores era nacido el año de 702. y menos por Abril, quando se despachò el titulo: pues aviendose pedido (à mayor abundamiento; y para mas fomento del articulo) por D. Bartholome despues de concluso el pleyto, que declarassen la edad, y el grado de parentesco, declarò el de menores por Diziembre del año de 26. tener 24. años; y aun apenas el Presbytero, tendria vn año cumplido: pues declarò por Enero de este de 27. tener 26. años, y assi era omnino incapaz, *per suprà dicta*, y mas por no tener esta Capellania clausula adjudicativa: luego donde està el perjuycio, que se les pudo causar? Y aunque luego despues el de menores en la otra declaracion, que bolviò à hazer por Enero de este año (sin mas, que vn

mes

mes de por medio) dixo, tener 25. no merece en esto fee, *tamquàm sibimet contrarius*: y que para tener los 24. cumplidos, que declarò por Diziembre, aun sobran los 9. meses, que antecedem desde Abril, en que se despachò el titulo.

80. Pero podrà replicarse, que estas doctrinas proceden, y militan, teniendo aora el respecto à aquella anterior vacante con estos Opositores; mas no, teniendo el respecto à esta vacante nueva, en donde se hallan algunos habiles, y ya capaces. Pero se niega el supuesto, porque aora no ha vacado la dicha Capellania, pues desde entonces para aora, se le colò à el Don Bartholome, y adquiriò *Ius in re* à ella (aunque *in pendenti*, y suspenso, *vt sup. dict. manet*) por la dicha colacion, *etiam ante adeptam possessionem*. Ricc. *part.* 5. *collect.* 1658. *in cap. Si tibi absenti. de Præb. in* 6. Garc. *part.* 4. *cap.* 2. *à num.* 1. y en punto de transaccion Luca *vb. sup. disc.* 82. *n.* 16. ibi: *Transigens non dicitur id, quod ex transactione obtinet, ex novo Iure, vel titulo obtinere ab alio contrahente, quem in eius Auctorem agnoscat; sed obtinere dicitur Iure proprio antiquo, ita confirmato per remotionem obstaculi*, con la *Ley Profundo. C. de transf.* Noguer. *allegat.* 37. *num.* 4. D. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 22. lo qual mas se corrobora, *attento tenore tituli*, pues en èl se manda *expressè*, que sin necessitar de otro despacho, por èl solo se le ponga à el Don Barthòlome en dicha Real possession, como si entonces, y à la misma hora se le despachasse el titulo: y por esso reformò la refrendacion pedida por su Procurador.

81. Que es lo mismo que dezir, que aunque el *Ius in re*, que por la tal colacion adquiriò el Capellan desde entonces para aora, estaba suspenso, mientras llegaba el caso de morir el Religioso: mediante aver ya llegado por su muerte, desde el punto, que muriò, se confirmò este Derecho *per remotionem obstaculi*, sin nuevo Derecho, ò titulo, y assi, ni aun siquiera vn solo punto, ni vn instante de tiempo, estuvo vacante aora la dicha Capellania, porque *ex tunc* de el instante, en que muriò, se continuò en el Capellan el successivo Derecho, y el mismo, que tenia el Religioso, como su instantaneo Successor, à el modo que volatil, *ex fictione Iuris, & Legis ministerio*, se tranfiere el Derecho de el vltimo Posseedor de el Mayorazgo, y tambien la possession civil, y natural en el immediato Successor, *ex Leg.* 45. *Taur.* y el señor Molina, *vb. sup. in dict. cap.* 9. *& ibi eius Addentes*; y por esso la possession, que desde entonces para aora se le mandò dar, fue la Real,

De

82. De suerte, que se contempla vno mismo el Successor subrogado, con el Predecessor, y *censetur continuare possessionem, & eadem persona cum defuncto, vt ad literam* de Luca, *disc.* 73. *n.* 39. con Amat. *resol.* 39. y Post. *de manut. obs.* 55. de forma, q̃ por lo mismo estraña el Cardenal, q̃ à el tal Successor en el Beneficio, no se le conceda (*de stylo Curiæ*) igualmente el remedio possessorio *retinendæ, quod illi competebat, sicut competit de Iure ei, qui fingitur continuasse defuncti possessionem; sed solùm adipiscendæ, quod immissio nuncupatur*, y para ello no dà mas razon, q̃ el dicho estylo, porque este *facit Ius*; y alli, como và alegado *sup. num.* 23. dize ser executivo el mandato *de immitendo* en la forma referida, y que assi no se puede retardar, ni suspender.

83. Si bien la razon genuina, que mi cortedad alcanza, es la misma comun, y general, de que *in Beneficialibus* no solo no se admite succession hereditaria, mas ni aun la sombra de ella. Y por esso no se ha instruido por el Don Bartholome articulo de despojo formal, ò Real, y por no tener todavia la possession Real, que pide; sino solo à el mismo tiempo, y para mayor fomento de el articulo, que tiene deducido, para que se le dè la dicha possession, ha alegado el despojo turbativo, que es la quarta especie de las cinco, que pone de despojo Menoch. *de recuper. in prælud. à num.* 39. *vsque ad* 43. y que se le ha causado en la civil, ò natural, que se le adquirió por la colacion, que desde entonces para aora se le hizo, y aceptò, y por la entriega de el titulo (en lo que se le ha turbado por la mucha dilacion, y suspension con los repetidos traslados, y demàs dilatorias practicadas) que es el segundo de los 9. modos de adquirir la possession *per actus fictos*, que trae Gom. *in Leg.* 45. *Tur. à num.* 45. *ad* 78. de cuya turbacion solo se le puede reintegrar, mandandole poner en la Real possession en virtud de dicho titulo, y colacion aceptada, que es, à lo que se debe estàr, y atender primero; *clamante vtroque Iure ad id, quòd spoliatus, ante omnia est restituendus.*

§. XIII.

SE ESFUERZA MAS, QUE LES OBSTA, PARA no deber ser oidos.

84. FINALMENTE PODRASE REPLICAR, que la dicha transaccion, ò composicion, y el titulo, y colacion, que à el Capellan se le hizo, y despachò des-

de entonces para aora, ſolo pudiera obſtàr entonces, y en todo tiempo à los tranſigentes, y Opoſitores, que fueron con el Don Juan Salvador, en aquel tiempo, y pleyto; mas no à los Pretendientes, ò nuevos Opoſitores, no trayendo cauſa de ellos, ſino entrando, ò viniendo *Iure proprio* en virtud de el llamamiento, que tienen de parientes; pues *res inter alios acta, aliis non præiudicat, ex Leg.* 2. *C. eod. tit.* & *his, quæ latè tradit* Valer. *tit.* 4. *quæſt.* 2. *â num.* 5. & *à num.* 59. pero eſto lo limita *ex communi omnium DD. â el num.* 17. (en punto de Mayorazgos, de que trata, ſobre el dominio, y propriedad de los bienes) ſi ſe haze la tranſaccion con facultad de el Principe: como tambien lo limita en el citado num. 59. en la tranſaccion, que ſe haze ſobre la ſuccesſion de dichos bienes, con Padilla *in Leg. Vnum ex familia.* §. *Si de falcidia, num.*20. Y extra de eſta facultad, pone otra limitacion ſobre dicha ſuccesſion *num.* 62. con varios *text.* y AA. ibi: *Si autem per tranſactionem ſucceſsio in eum transferatur, qui proximior, & immediatus ſucceſſor eſſet, tranſactio valet; nam in eum poteſt Maioratus rectè renuntiari, qui proximè ſucceſſurus eſt, poſt mortem renuntiantis.*

85. Lo que aqui ſe verifica, pues quien aora, ſiempre, y en todo acontecimiento le avia de ſucceder à el Religioſo, era el D. Bartholome; porque el que mas ſe le acerca de los Opoſitores (aunque ſe quiſieſſe eſtàr à ſus declaraciones, tanto en lo favorable, quanto en lo perjudicial) le igualàra en parenteſco; pero en lo demàs ſe hallan ſuperados, y vencidos por las qualidades prelativas, que le aſsiſten, de mayor edad, y Ordenes, y mayor idoneidad, y antiguedad de Sacerdocio: y à mas de eſto, nombrado por el Patrono: por todo lo qual ſe halla preferido tam *à Iure,* vt docet Lara *lib.* 2. *cap.* 3. & Moſtazo *lib.* 3. *cap.* 9. *per tot.* quàm *ab homine*: pues en primer lugar prefiriò el Fundador à el Ordenado, à el que no lo fueſſe: y à el que tuvieſſe mas Ordenes, à el que menos: y en caſo de igualdad en todo eſto, prefiriò al que nombraſſen los Patronos. Cuya diſpoſicion en eſte aſſumpto, es el voto deciſsivo, y la ley vnica, à que ſolo ſe ha de eſtàr, *Auth. De nupt.* §. *Diſponat. coll.* 4. cuius verba ſunt: *Diſponat Teſtator, & erit lex eius voluntas*: lo qual es tan antiguo, como que trae ſu origen de aquella Ley de las 12. tablas: *Vti quiſque rei ſuæ legaſſet, ita Ius eſto.*

86. Y aunque en ſu declaracion el de Menores, quiſo

confundir el grado de quinto nieto de hermano de el Fundador (que es lo mas, à que pudiera alcanzar, como el Presbytero) aviendole preguntado primera, y segunda vez, si era quinto, ò sexto nieto: se debe considerar, y reputar por confiesso, al menos en el de quinto, que es lo q̃ monstrò en confuso (segun la inteligencia mas comun, y natural, à que solo se ha de estàr) en pena de su dolo, y contumacia, y porque no se presume ignorancia en hecho proprio, y ser menos presumible al cabo de tanto tiempo, como desde el mes de Abril del año de 26. que fue, quando empezò el pleyto, y quando todos los otros declararon desde luego à punto fixo su grado de parentesco, y el Presbytero de quinto; y el Menor, septimo nieto: para q̃ sobra doctrina con la *dissert.* 24. del señor Vela, *à num.* 16. *ad* 24. y mas, quando se halla convencido assimismo de sospecha, y de malicia, por la variedad notable, con que declarò la edad; en lo que los demàs tampoco han incurrido: que es lo que le constituye mas en dolo, y mala fee, para deberle tener, y reputar por confiesso.

87. Y la misma paridad, y limitacion con la facultad de el Principe, corre en punto de Beneficios, y en todas las demàs cosas *prohibitas alienari*, como el mismo Valer. lo advierte à el *num.* 30. con Gonz. Gracian, y otros muchos, à que pueden agregarse los *Addentes ad* D. Molin. *vb. sup. in dict. vers. Ampliatur.* Y la razon de esto es, porque como *in temporalibus, & profanis*, es el Principe, quien tiene la Regia facultad para esta dispensacion: assimismo sucede *in spiritualibus, & Beneficialibus*, donde en primer lugar el Papa en toda la Iglesia, y en segundo los Obispos, cada vno en su Diocesi, tienen la autoridad Pontificia, y Ordinaria: y son, y se reputan Principes de la Iglesia, pues cada vno en su Obispado, es vn Vice-Papa, como *latè, & eruditè* lo expone Id. Gonz. §. 1. *in proœm. à num.* 1. *per seqq.* y assi como à los Principes Seculares les es licito con causa practicar estas dispensas, y mas quando resulta en bien publico; assi pueden hazerlo los Principes Eclesiasticos, y con la causa tan justa *ob bonum pacis*, como de el Papa lo expressa Molin. *de Iust. & Iur. dict. vers. Excipiuntur*; y *servata proportione* lo funda de los Obispos el mismo Valer. *dict. tit.* 3. *quæst.* 6. *à num.* 16. *ad* 18. en donde se haze cargo de el perjuycio, que se sigue à los Successores, de tales transacciones, y responde, y satisface à el *text. in cap. Veniens. de transf. in illis verbis:*

bis: Cùm aliàs inter Personas facta potiùs, quàm inter Ecclesias videatur, nè pacta inter alios acta, aliis obesse patiamur.

88. Y si la otra limitacion de Valer. *dict. num.* 62. *extra de la facultad de el Principe*, como tambien la que pone à èl *num.* 35. (en que dize, que sin ella, vale la transaccion, quando se haze *ex necessitate statuti, vel ex voluntate Testatoris, vel si ex iusta causa Iudex partes ad id compellat*,) fueran adaptables todas à lo beneficial, donde nada de esto puede hazerse, ni practicarse sin la intervencion, y autoridad de el Papa, ò de los Obispos *respectivè*, por la expressa prohibicion, que de ello ay: Militarian tambien en nuestro caso, por ser el Pretendiente el mas idoneo en el punto principal, y qualidades de mayoría, y demàs, para continuar el goze de la Capellania, y sufragar por lo mismo, *la tacita*, ò *expressa* voluntad de el Fundador, que atentas las circunstancias, y graves incovenientes, que hasta allì se avian seguido, y se podian seguir en adelante, eternizandose el pleyto, *ex his, quæ tradit* Molin. *de Iust. vb. prox.* no ay duda, que asintiera à la tal composicion; à lo que dà gran motivo, y legàles fundamentos la doctrina de Mostaz. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 40. ibi: *Denique illud videtur dispositum, & mandatum à Fundatore, quod verosimiliter præciperet, si occurentiam casus videret*, lo qual prueba, y confirma con varios text. y AA. Y asi con mas razon aviendo intervenido en todo el Ordinario, podràn militar tambien à favor de el Capellan estas dos limitaciones, para no dar assenso à este asserto perjuycio *de mero Iure quærendo* (esto en la supuesta hypothesi, de que ya huviessen nacido) *de quo non est curandum, vt sup.* D. Valenz. latamente, y en punto de transaccion celebrada con Iglesias, *dict. cons.* 88. *& præcipuè nn. ibi relat.*

§. XIV.

SE AFIANZA LO REFERIDO CON LA COSTVMBRE.

89. Y SOBRE TODO *PER SE*, LA COSTVMbre referida, tiene fuerza de Ley. §. *Sine scripto Instit. de Inst. & Iur. cum simil.* y asi como en la Ley (porque mira à el bien comun) *non curatur de tertii præiuditio: nec etiam in consuetudine*, porque *pari passu ambulant* en toda Jurisprudencia. Y por si finalmente se quisiere replicar, que como los exemplares no hazen Ley (pues *ex L. Nemo. C. de Sent. & Interl. legibus, non exemplis iudicandum est*) tampoco haràn costum-

tumbre, que tenga fuerza de Ley. Se responde, que à mas de tener esto muchas limitaciones, que serìa prolixo el exponerlas, ex Gloss. *in leg.* 38. *verb. Perpetuò. & leg.* 32. *verb. Inveterata. ff. de leg.* los exemplares probados, son autenticos, formales, y judiciales, antiguos, y modernos, practicados en vna, y en otra Sede en varios tiempos, que aun dos solos bastaban en transcurso de diez años, para inducir costumbre, *vt rectè arguit* Anaclet. *dict. tit.* 4. *& §.* 3. *num.* 176. *ex Leg. Diuturna, ff. de Legib. iuncta. glos.* ibi: *Consuetudo inducitur per duas sententias latas intra decem annos*, con otros, que alli cita.

90. Y dà el Autor la razon: *Quia cùm Iudex authoritate Populi sit constitutus, quòd ipse facit, Populus facere censetur, ex L.* 1. *C. de veter. Iur. enucleand. ac proinde ex bina sententia iudiciali in eodem genere causarum, vniformiter lata, satis colligitur consensus Populi; alioquin enim à tali sententia fuisset appellatum.* Y por lo mismo, si acaso sabiendo estos exemplares dicho señor Torrejon, los atropellò por tales; por esso el señor Verastigui, contemplando la costumbre, que avian inducido, y ser conforme à Derecho, seguirla, lo revocò: y si assi lo executò, siendo vn mero Juez Delegado *ad certam causam*, y contra la opinion, ò parecer del Ordinario; con mas razon lo hiziera, y con mas jurisdiccion lo practicàra, si exerciera la Ordinaria, ò la Delegada *ad omnes*, como es la del señor Nuncio.

91. Y aunque à el num. 177. se haze èl mismo la replica de *res inter alios acta, & cætera*; y assi infiere, q̃ *nec duæ illæ sententiæ cæteris præiudicabunt, ex Leg. Sepè, de re iudicat. & cap. Quamvis.* 25. *de sent. & re iudicat. cum similib.* omisso el antecedente (*quia solùm procedit regulariter, ac suas patitur limitationes, ex glos. vn. in dict. cap. Quamvis.*) niega la consequencia, *quia binæ illæ sententiæ latæ pariformitèr, non præiudicant aliis, in vim rei iudicatæ; sed quia consensus Populi per eas sufficientèr colligitur, resultat exinde consuetudo, quæ pro lege suscipitur: ac proinde sententiæ illæ præiudicant aliis, solùm in vim consuetudinis* (*idem* Gloss. *in dd. ll.*) que no pueden ser mas proprias, y genuinas para el caso las palabras, y por esso se escusan de version; solo si es de reparar, que si esto milita en esta forma con solos dos exemplares en diez años, què serà con tantos, y entre tantos? Y de diversos Juezes, no solo Ordinarios, sino tambien Delegados? Y què con la immemorial? Y què serà sobre todo, quando no ha avido, ni ay Derecho en los Pretendientes, que poder perjudicar, vt sup. ostensum est?

§. XV.

§. XV.

FUNDASE LA DILATORIA, PARA IMPEDIR EL ingresso, y progresso de el Juycio.

92. DE TODO LO QUAL RESULTA PROceder la excepcion Anomala, ò dilatoria *in vim peremptoriæ*, que ha opuesto el Capellan à los nuevos Pretendientes, como lo es la transaccion (y mas abroquelada con la costumbre, y concordia) y la de pleyto acabado, ò cosa juzgada, *vt docet* Carlev. *de Iudic. lib.* 1. *tit.* 2. *disp.* 5. *num.* 4. *ex cap.* 1. *de lit. contestat.* *in* 6. que à mas de assemejarse la transaccion, à la excepcion *litis finitæ, & rei iudicatæ*, que impiden el ingresso de el juycio, y el progresso (*ex eod.* Carlev. *ibid. n.* 26. *in fin.* & Valer. *tit.* 5. *quæst.* 1. *n.* 5. & 6. & *tit.* 3. *quæst.* 2. *n.* 9. *ex Leg. Non minorem.* 20. *C. de transf.* & Anaclet. *vb. sup. hoc tit.* §. 4. *num.* 5. hablando de transaccion, en nuestro assumpto; y D. Valenz. *vb. prox. â num.* 6. ex Morotio, & aliis, por las prerogativas de concordia, *num.* 8. ibi: *Cùm illa mediante, lis fuerit extincta*) aqui lo tenemos todo; pues la composicion se passò en cosa juzgada formalmente, y diò fin à aquel litigio: y assi con mas razon debe impedir el ingresso, y progresso de el juycio, q́ aora nuevamente se quiere formar, ò fomentar: pues lo contrario serìa dar entrada à nuevos pleytos, quãdo la composicion en aquel tiempo no mirò à otra cosa, q̃ à enervarlos, y evitarlos, y por cuyo fin vnicamente se cõsintiò por las partes, y se admitiò, y aprobò por el Sr. Ordinario: pues para aver de tener pleyto aora el Capellan con el mismo *Ius ad rem* (sin valerle el *Ius in re*, que le diò la colacion) no huviera entonces cedido, y quizà huviera obtenido.

93. Y como *nullus debet decipi authoritate Legis. L.* 1. *C. de his, qui ven. ætat. impet.* & Lar. *dict. cap.* 9. *n.* 56. *ita nec debet decipi authoritate Iudicis*, y (en punto de resigna à favor de otro, *cum clausula, non aliàs, nec alio modo*) D. Covarr. 1. *var. dict. cap.* 5. & *num.* 5. ibi: *Quin & ipse existimarem, ex æquitate, secluso Iuris rigore, rectissimè acturum Prælatum ipsum, qui eam renuntiationem admisit simpliciter, non approbata conditione expressim, nec ea repulsa, si Beneficium conferat illi, pro quo facta fuerit renuntiatio, modò sit eo dignus* (siendo esto tan distinto, y delicado *ex sup. dict.*) *nè renuntians decipiatur.* Y aun de esto se seguiria no solo quedar elusso, ò seducto el D. Bartholome con esta expectativa, y la buena confianza, de que ya no se le avia de mover mas pleyto en ello,

ello; ſino que tambien lo quedarìa el ſeñor Ordinario, que la admitiò, y concediò: y aſsi *tam expectantes, quàm concedentes eludeerentur, contra notata in Clement.* 1. *de renunt.* como à eſte aſſumpto arguye bien Flam. *dict. lib.* 2. *quæſt.* 10. *num.* 3. y aſsi lleva, que quando las expectativas ſe practicaban, no podian permutarſe, ni reſignarſe à favor de otro, ſino que preciſamente ſe avia de conferir el Beneficio, à el que tenia la expectativa.

§. XVI.

SE REALZA MAS, COTEJANDO EL EXEMPLAR *de eſte pleyto, con los demas preſentados, antiguos, y modernos.*

94. Y ESTA DOCTRINA, Y COSTVMBRE la hallamos tambien aora en los exemplares practicados antiguos, y modernos, haſta en el tiempo de el ſeñor Proviſor, que oy es, con la Capellania de Carmona arriba dicha, que ſe compartiò entre Don Andrès Madrigal (por la miſma via, y cauſa de compoſicion) y el otro Coopoſitor Don Juan Joſeph de la Cueva, deſpachando à cada vno titulo de colacion en toda forma: pues ſi ſalieran aora otros nuevos Pretendientes, diciendo, y alegando de nulidad, y que la compoſicion no podia perjudicarles, como *res acta inter alios*: no ſe les avia de oìr, y bien ſe les opondria la miſma excepcion Anomala, *ex ſup. allegat. Iur.* Y lo miſmo ſucederìa, ſi deſpues, que murieſſe alguno de ellos, ſalieſſen oponiendoſe, como aora lo hazen eſtos nuevos Pretendientes, queriendo ſe declaraſſe por vacante la tal Capellania; pues el que ſobrevivieſſe de los dos Capellanes referidos, ſe avria de defender preciſamẽte, y oponer eſta excepcion, diciendo, que por la muerte de el conſorcio *prædefuncto*, ſe avia conſolidado en èl la Capellania, y que avia adquirido la comparte, que gozaba de los frutos, *non tam Iure accreſcendi, quàm potiùs non decreſcendi*, porque qualquier Beneficio es vnico, è individuo, *cap. Dilecto. cap. Maioribus. de Præbend. cum ſimil.* como arriba queda dicho con Valer. *dict. tit.* 3. *& quæſt.* 6. *num.* 10. *& com. DD. & tradunt Inſtitutarii in §. Si eadem res duobus legata ſit. Inſt. de legat.* y *res de facili revertitur ad ſui naturam. ex vulgar.*

95. De forma, que ya quieran contemplarſe los dos Capellanes, *tanquam re tantùm coniuncti* (*ſaltim ex vnitate collatæ Cappellàniæ*) *vel in re ſimul, & verbis: Ius non decreſcendi, tunc ſibi locum vendicat, quando ex defectu collegatarii* (*ſive Concapellani*) *alteri*

ri nihil augetur, sed non diminuitur: veluti cùm duobus est in solidum res legata (vel Capellania collata) vterque ex illis deberet rem totam habere: sed quia concurrunt, quemlibet cum sua portione contentum esse oportet. Hinc si alterius socii pars vacet, quia ipse defecerit: alii tota res dabitur, non quidem Iure accrescendi, quoniam priùs debebatur; sed per ius non decrescendi, quia hæc pars ipsi colligatario (seu Concapellano) non decrescet, vt ad alium devolvatur: ita Mynsingero, *ibid. num.* 18. sin que sea de atender la desigualdad de las compartes; porque lo mismo fuera, si fuessen partes iguales, por ser este Derecho simple, è indivisible, y por lo mismo, capàz de hallarse en muchos *in solidum*, aunque el vsufruto de ellos, sea en partes desiguales (entiendese de la causal, que es la commodidad) *vt in simili, de Iure Patronatus, & de electione, tenet glos. in cap.* 1. *de Iur. Patron. Verb. Non debeat. lit.* D. ibi: *Quia res simplex est, & indivisibilis, & sic ad quemlibet hæredem in solidum transit, etiamsi ex diversis, & inæqualibus partibus sint hæredes.*

96. Y aunque à el fin de la Glossa, mueve el Autor el *vtrùm, si non conveniant (Patroni) posint pacisci, ad invicem, vt alternis vicibus præsentent?* No lo resuelve alli, sino se remite à la *Clement. Plures. eod. tit.* que lo afirma, ibi: *Patronos ipsos inter se posse, liberè (id est sine Superioris authoritate, vt ait Glos.* que es lo mas) *convenire de Rectore ab eis alternis vicibus præsentando:* y dà el Autor la causal, ibi: *Hoc autem fit, ad tollendam discordiam, & ad faciliorem provisionem Ecclesiæ.* Y de aqui resulta la solucion à la replica, de que siendo el Beneficio indivisible, mal se puede hazer à dos la colacion; pues por lo mismo, y ser derecho incorporal, se puede hallar *in solidum* en dos, *quia Iura incorporalia apud plures possunt in solidum residere:* y es el ibi de la Glos. *in cap. Tuæ. de Præb.* verb. *Sectionem.*

97. Y aunque *immediatè* lo exceptùa en las Prebendas por la prohibicion, *cap. Dilecto, eod.* que expressamente prohibe la division, y tambien la expectativa, *vt sup. in cap. Tuæ:* por ser aquella contra el Concilio Turonense, *cap. Maioribus, eod.* y esta contra el Lateranense, *cap. Nulla, de concess. Præb.* no procede esto en los terminos presentes, como ya queda fundado: y corre mas llanamẽte el exẽplar de este pleyto, q̃ los demàs presentados; pues en ellos huvo, y ay dos Capellanes *in actu, quoad exercitium, & in solidũ (saltim habitu) respectu collationis,* aunq̃ *per modum vnius;* mas no semiCapellanes, porq̃ *vnitas non recipit divisionem, ex Glos. prox.* pero en este exemplar no huvo sino el

Re-

Religioso *in actu*; y el otro *in potentia, & habitu.* Y si esto no fuera assi, seria menester hazerle colacion nueva à el Capellan superstite: y seria por demàs la prevencion de mandar, que en vacando la comparte de la renta por alguno de los dos, la gozasse toda el otro *quod non est dicendum, ex vulg.*

98. Ni obsta la razon, que dà esta gloss. en contra, ibi: *Licèt enim dicatur, idem Ius esse apud plures: re vera tamen quilibet speciale, & separatum Ius habet*, citando para ello la Ley *Aquam. ff. Quem ad mod. servit. amittat.* pues la misma ley dà la solucion, porque habla en su caso, de muchas servidumbres, *vt in rubro*, y assi nihil mirum, aya division en los derechos; pero en nuestros exemplares, no se dividen *re vera*, ni se hazen, ni constituyen dos Capellanias totales, ni parciales; sino queda siempre vnica, aunque se parta, ò divida la renta, ò emolumento: y assi como queda vna, queda tambien vno el *Ius*, aunque *in duobus in solidum saltim habitu*, mas no *per modum duorum*, sino *per modum vnius, ex ead. Clement.* ibi: *Plures ab vno ex Patronis Ecclesiæ, relicti hæredes, vocem duntaxat vnius habebunt in præsentatione Rectoris.* Latè ad omnia supradicta, Petra de *potest. Princip. cap.* 18. *per tot. & præcipuè, num.* 60. 65. & 80. Y à este otro fundamento juridico assimismo, huvo tambien de aludir, el dezir, que estos convenios eran *admissibles, conforme à derecho*, en el citado exemplar relacionado.

99. Y si quisiere decirse, que este exemplar del Señor Provisor, que oy es, fue ponerle pension à el Don Andrès Madrigal, en aquella tercia parte de los frutos de la Capellania, para el Don Juan de la Cueva: se responde, que esto pudiera decirse, quando solo à el Madrigal se le hiziera colacion de la Capellania, y à el otro se le assignasse solamente la pension, sin hazerle colacion, como tambien se le hizo de dicha Capellania; porque esto pugna entre sì, *nempe* ser Beneficiado, ò Capellan, y *simul* pensionario, *respectivè* à el mismo Beneficio, ò Capellania; y porque la pension no es Beneficio, *nec venit nomine illius, vt latè tradit* Gonz. *dict. Gloss.* 5. §. 5. *per tot.* no solo siendo laical, sino aunque tambien se imponga *titulo Clericali*.

100. En cuyo caso Garcia *part.* 1. *cap.* 5. *per tot.* dize, que aunque propriamente no es Beneficio Eclesiastico, es *ad instar Beneficii*, mediante contemplarse como espiritual, ò *spirituali annexa*, y esto para otros efectos, que alli expone; mas no para que por esso se entienda ser Beneficio, ni poderse intitular Bene-

neficiado el Pensionario, *vt num. 6.* ibi: *Et de hac pensione absolutè dicimus, non esse Beneficium, nec Beneficii nomine intelligi, seu venire*, y lo mismo repite â *num.* 47. *vsque ad* 50. ibi: *Et per pensionem non intitulatur quis Ecclesiæ, sicut per Beneficium:* y procede en tanto grado, que no se puede ordenar el Pensionario *ad titulum pensionis, nisi necessitas, aut commoditas Ecclesiæ aliud suadeat, prout Episcopus indicaverit, vt disponitur in Conc. Trident. sess.* 21. *de reformat. cap.* 2. *vers. Patrimonium verò, vel pensionem*; vbi *apertè docetur, pensionem non esse Beneficium Ecclesiasticum*, y es el ibi de Gonz. *sup. num.* 4.

101. En cuya suposicion, y que à el Don Juan de la Cueva se le hizo colacion de la Capellania, y se le despachò titulo, como al dicho Don Andrès, de forma, que con èl se intitula Capellan igualmente, como el otro (aunque con desigual renta, porque esto es de *materiali, vt proximè dictum est*) no se puede en modo alguno interpretar por pension: porque fuera prevertir las proprias, y genuinas palabras geminadas en los autos, y en el titulo, ibi: *Y hazia, è hizo â el dicho Don Juan de la Cueva, Clerigo de Menores, colacion, provision, y Canonica institucion de la dicha Capellania*, & ibi: *Despachese el titulo de colacion à cada vna de las partes en conformidad del auto proveido*; *nempe* con la condicion: de que el dicho Don Andrès avia de percebir, y gozar tan solamente las dos partes de la renta, y cumplir â proporcion sus cargas, y obligaciones: y *proportione servata*, el dicho Don Juan tan solo la otra tercia parte, que es lo que quiso explicar el hazerle colacion de dicha Capellania, vt ibi: *Tan solamente de la tercera parte de su renta.*

102. De forma, que por esto no se podrà dezir, que se hizo, ò dividiò otra Capellania con la dicha tercia parte, y que solo de esta tal, truncada assi, y dividida, se le hizo la colacion: assi porque esto fuera dividir el Beneficio (siendo indivisible, y vnico, *ex prælaudat. Iur.*) y no dividir los frutos, que fue lo genuino, y proprio de la mente del Señor Provisor en sus proveydos; como tambien por lo nativo, y expresso de las palabras, que como dize el señor Castill. *Contro vers. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 3. *Verba sunt naturalia instrumenta, quibus intentio cordis exprimitur, vnde voluntas hominis consistit in verbis, sicut facies in speculo*, & *n.* 47. ibi: *Et cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio.* Y aunq̃ *ex iusta causa, si facultates sufficiant*, puede vna Prebenda, ò Beneficio dividirse en dos *in posterum*, vt

 limi-

limitat, & notat Gloss. *in cap. Maioribus. de Preb. verb. Divisionem. lit. L.* no fue la mente de dicho señor Provisor, hazer dos Capellanias, sino que quedasse vnica, vt satìs ostensum manet.

103. Y asi sobre los demàs exemplares antiguos, y modernos presentados, en mas rigorosos terminos, que los de el Capellan, bastaba solo este para prueba del assunto: pues en èl se verifican dos colaciones à vn tiempo, y vna, y otra actual, de vna Capellania, dos Capellanes *in actu* con futura succesió, sino formal, y expressa (porque no se expressò, como en los otros) al menos virtual, y tacita, porque *inest tacitè à Iure*; pues aviendo quedado la Capellania, como antes, vn solo Beneficio, ò Capellania individua: es preciso, que por muerte de qualquiera de los dos atrayga à sì la comparte, como miembro de aquel cuerpo indivisible; de suerte, que à no atraerlo, no se verificaria, que el Superstite tenia la Capellania colada, asi por lo expressado *sup. à n. 94. ad 99.* como porque indubitanter, *qui indivisibile attingit, aut attingit totum, aut nihil. ex axiom. comm.*

104. Mediante lo qual no solo se esfuerza todo este Informe, en quanto à la expectativa, y el *votum captandæ mortis*, y el perjuycio de tercero, con mutua duplicacion (que solo se halla *simpliciter* en el caso de este pleyto) sino que en èl no se encuentran los reparos, que padecen los demàs, y este de dicho Sr. Provisor; pues en ninguno de ellos, sino es el relacionado del dicho Señor Verastigui, huvo contradiccion, ni formal conocimiento sobre la composicion, como en el del D. Bartholome, donde aunque se respondiò por èl, y el Religioso à la apelacion contraria, que no debìa admitirsele, sino executarse *potiùs* la sentencia, y el convenio; no obstante se le admitiò, y por no aver mejoradola, se declarò por desierta, y se mandò executar en la forma referida: Y aun el señor Provisor se hallaba ya inhibido, mediante la apelacion, que el dicho Cueva interpuso, y el requirimiento hecho por el Juez Superior, y dado su cumplimiento; en cuyo caso este solo puede, y debe proceder à declarar por desierta la tal apelacion, *latè* D. Salg. *de Retent. part. 2. cap. 7. per tot. & de Reg. part. 2. cap. 10. à num. 30. & Alii*; sin que obste el que los demàs no huviessen apelado, pues podian arrimarse à la apelacion de el otro, *vt sup.* queda fundado, y es corriente *in omni Iure*; y si esto puede suplirse, *ob bonum concordiæ, & pacis*, magis intentum habemus.

105. Y aun todavia ay otro reparo no menos grave, co-

mo

mo es, que el Madrigal, como pariente Presbytero, segun la fundacion, y la sentencia, en que se le declarò la Capellania, estaba preferido expressamente à el Don Juan de la Cueva, aunque fuesse mas propinquo, por ser solo de Menores; en cuyo caso no ay duda, que no la podia aver de su preferencia, y por lo mismo no era tan de admitir la transaccion, porque esta solamente ha lugar *in rebus dubiis, ex sup. citat. loc.* y por esso los AA. requieren el *Ius dubium*, para la composicion, como ya queda insinuado. Y asi por todos medios està executoriado, y es executivo el titulo, y no pueden impedir su execucion las supuestas nulidades, yà se opongan *per viam exceptionis*, ò yà *per viam actionis*, à lo menos no constando desde luego, è *incontinenti, ad latè tradita per* Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disp.* 16. *à num.* 2. *ad* 23. *& per* D. Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 9. *à num.* 23. *vsque ad* 38. donde lo mismo siente, ya no conste *incontinenti* la nulidad, que se opone, por ambiguedad de Hecho: ò dubiedad de Derecho; y lo mismo Carlev. *tit.* 2. *disp.* 5. *â num.* 4. *ad* 17. y Luca *dict. disc.* 73. y en punto de transaccion *tradit etiam* Valer. *tit.* 6. *quæst.* 3. *num.* 36. y 37.

§. XVII.

SE PRVEBA, QVE AVN QVANDO HVVIESSE DVda sobre nulidad, no se les pudiera oir, nec post datam possessionem.

106. Y SOLO, SI SE QVISIERA DVDAR, O controvertir, si avia, ò no nulidad: pudieran ser oìdos, executada primero, y dada la possession, *vt idem* Valer. *tit.* 5. *quæst.* 2. *num.* 34. porque esta es executiva, y aquella es ordinaria, vna vez, que no consta *incontinenti*, sino *altiorem indaginem requirit, ex eisd. vb. prox.* pues no puede ser notorio lo que admite ofuscacion de Hecho, ò Derecho, *ex sup. dict.* fuera de que atendiendo *maximè* à la costumbre (que tiene fuerza de Ley) aun por sì sola, y que como tal subsiste, y debe subsistir, sin que, como ni en la Ley, obste, ni sea atendible el perjuycio de tercero (quando aqui pudiera averlo, *propter merum Ius quærendum*, que se niega, *quia de illo non curatur*) no ay nulidad, ni aun dudosa.

107. Y asi *sopiatur lis, & vlterius non procedat*, como dize Carlev. *dict. tit.* 2. *& disp.* 5. *num.* 13. pues por el contrario (fuera de la costumbre, y los demàs fundamentos Juridicos,

con

con que basta) constan *incontinenti* las excepciones Anomalas *transactionis, litis finitæ, & rei iudicatæ,* con que sobra. Y aun quando nos hallaràmos desnudos de tanto escudo, y huviesse por lo menos duda en la nulidad: no se les pudiera oìr en el Tribunal del señor Provisor, contra sus executorias; sino debiera mandarse (en dicha hypothesi) poner à el Capellan de hecho en la possessìon: y que si las otras partes tuvieran, que alegar sobre la llamada nulidad, vsassen de su Derecho ante el Superior, como les conviniesse: pues para aver de oìrlos en dicho Tribunal de el Provisorato, era menester, que fuera notoria la nulidad, de lo yà executoriado por el mismo Tribunal, *ex Leg. Iudex, posteà quàm sententiam dixit, Iudex esse desinit: & ibi omn. DD. cum vulgaribus.*

§. XVIII.

SE APUNTA LA DIFERENCIA, QUE AY DE MANtener lo ya hecho, à hazer de nuevo.

108. YA BUEN SEGURO, QUE NADA ADElantassen en Tribunal Superior: pues sobre todo lo dicho, aqui solo se trata de mantener lo ya hecho en fuerza de la costumbre, y lo demàs prealegado; no de hazer algo de nuevo, ni introducir novedades: y aun es mas, que ni aun se trata de proseguir la costumbre, sino de mantener lo practicado por ella; que ay mucha diferencia de vno à otro: porque *faciliùs res conservatur, quàm acquiritur, ex L. Vna est via. ff. de Servit. rustic. præd. &* D. Salg. *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *à num.* 120. *ad* 122. *& part.* 3. *cap.* 10. *à num.* 108. & *com. DD. & glos. in L. Pro parte.* 11. *ff. de Servit. verb. Corrupit,* ibi: *Nam multa impediunt facienda, quæ non impediunt iam facta, ex L. Vt pomum.* §. *Si prædium. ff. eod.* y assi por lo regular las leyes correctorias innovan solo *in futurum,* manteniendo lo ya hecho, en el mismo ser, y estado. *De quo extat illud vulgare:*

Turpiùs eiicitur, quàm non admittitur hospes.

109. *Et hoc taliter procedit,* que aun quando por algun lado claudicasse (que se niega) lo ya hecho en la colacion, y el titulo, y fuera por lo mismo de anular, ò revocar: no pudiera, ni debiera practicarse, sino antes mantenerse, vna vez hecho, en los terminos presentes, atentas las circunstancias: solo por evitar el circulo vicioso, y vn pleyto, y costo infructifero, como lo seria en substancia, si aora se abriera el juycio con este,

ù otro

ù otro pretexto: pues al fin de todo ello aviamos de venir à parar precisamente en lo mismo, que aora pretende el Capellan, que es averle de poner en la real possession de dicha Capellania, por no aver quien le compita: pues excede al Presbytero â lo menos en las qualidades prelativas del derecho, y Fundador; y este à lo menos en ellas excede à el de Menores, y este à el menor, *absolutè*: de forma, q̃ à estos dos les puede adaptar el Capellan el argumento: *Si vinco vincentem te: â fortiori, vincam te.*

110. Y si el señor Provisor quisiere acrisolar mas esta verdad, podrà mandar, que presente el D. Nicolàs Gonzales su arbol genealogico, y la informacion, que tiene, y en cuya virtud se jacta, de saber, que es quinto nieto del Rodrigo Peñaloza, hermano del Fundador, segun declarado tiene; mas que no quiso decirlo clara, y abiertamente, aunque esto solo sirviera para aclarar el perjuro, y contumacia, y el dolo, y la mala fee, en que se halla constituido: que aun por esso, y evitar mas costos, y dilatorias, lo ha omitido el Capellan, y aora solo se apunta *ad cautelam*; por si acaso pareciere conveniente al señor Provisor, que ha de juzgarlo; aunque no es menester, *per suprà dicta*, y que para lo hecho (à mayor abundamiento solamente) sobra, el deberse tener, y reputar por confiesso.

111. Y mas; quando en la edad, se halla ya mas convicto à punto fixo por la fee de su Bautismo, que despues se presentò, de 11. de Diziembre de 702. pues aviendo declarado otro tal dia, por Diziembre de este año passado de 26. tener 24. años cumplidos; despues por Enero de este de 27. dixo tener 25. y aunque se quiera valer de lo de *Annus inceptus pro completo habetur, in favorabilibus*: aqui no puede servirle, porque ha de ser Mathematico: y no le podrà valer la civil inteligencia, para fingirle nacido, antes de la colacion, y el titulo; aviendo sido despues, y muchos meses, de forma, que se ajusta lo fundado, y discurrido en este punto, *sup. num.* 79. como si en la realidad se huviera adivinado. Y quien en quanto à la edad quiso adelantarse tanto, mas bien se adelantarìa, en quanto à el parentesco, si lo pudiera estender, y alargar, como la edad, con tal interpretacion: y mas siendo el parentesco lo mas, y la edad lo menos; y assi tratò de paliarlo, ya que no pudo estenderlo: *Quod; quia per se patet, non indiget probatione.*

112. Y esto de viciosos circulos, pleytos, y costos frus-

traneos, lo aborrece en tanto grado toda la Juriſprudencia, q̃ ſolo por evitarlo, la mal dada poſſeſsion, ſi ſe ha de bolver à dar, no ſe anula, ni revoca: y tambien la execucion, *quamtùm vis nulliter* hecha, ſi ſublata nullitate, ſe avia de bolver à hazer, *quia conſtat, condemnatum verum eſſe debitorem,* no ſe revoca, ò retracta: *quia debet circuitus vitari, ex L. Dominus. 53. ff. de condict. indeb. & non eſt revocandum, quod de novo debet fieri, ex L. fin. §. Fin. ff. Quod met. cauſ.* Y eſto cede en beneficio, y prò comun de ambas partes; pues ſi ſe ahorran las coſtas, y el tiempo, y demàs perjuycios, *vtrique parti eſt conſultum,* como acutè, & eruditè docet Lara, *lib. 1. cap. 10. à num. 69.* y entre otros cita à Gutierrez, *de Iur. confirm. part. 3. cap. 19. aliàs fin. per tot.* quien convina la antinomia, que reſulta de la dicha *L. fin.* con la otra *L. Meminerint. C. Vnde vi.* y las dos Leyes Reales, que alli expone, con la diſtincion genuina, que và, de no proceder *ritè*, ni *rectè*; à la de proceder, ſaltim *rectè*, aunque no *ritè*: que en la primera eſpecie no ſe puede, ni debe mantener lo *ſemel* hecho; como en la eſpecie ſegunda.

113. Y por eſtas miſmas cauſas, las probanzas, que ſe hazen plenamente en el juycio ſumario, y executivo, *proſunt etiam in plenario, & ordinario*: y las del poſſeſſorio, en el petitorio: y ſi en el poſſeſſorio conſta de la propriedad, *quia plenariè fuit cognitum*: ò *quia habet admixtam cauſam proprietatis*, yà por ſu naturaleza, ò yà por caſualidad, y voluntad de las partes, tacita, ò expreſſa: ſe debe determinar tambien en el petitorio. Y ſi el Juez lo omitiere, y la parte por lo miſmo puſiere demanda en forma de nuevo en el petitorio, podrà el reo demandado, oponer la dilatoria de no deber reſponder: porque el poſſeſſorio entonces produce coſa juzgada, tambien en el petitorio, como latè, & eruditè lo defiende Noguerol, *alleg. 26. art. 4. fund. 1. per tot.* Menoch. *de retin. remed. 5. num. 112. & conſ. 422. à num. 24.* y Scac. *de ſent. & re iud. gloſ. 14. q. 11. à n. 22.*

114. Y eſte es otro fundamento juridico, tan grave, que por reconocerlo aſsi el ſeñor Proviſor; mandò, y bolviò à mandar, primera, y ſegunda vez, que el Don Nicolas Gonzalez declaraſſe, y bolvieſſe à declarar ſu grado de parenteſco clara, y abiertamente, como ſe le avia mandado, y lo diſpone la Ley: y èl bolviò por lo miſmo à obſcurecerlo, para que no ſe aclaraſſe lo vicioſo de la inſtancia, y lo ocioſo, y temerario del juycio, que ſe quiere introducir, y evadirſe por aqui de eſte peligro;

ligro;

ligro; mas diò con otro mayor, que fue exponerse à el perjuro, y mala fee, y al dolo, y contumacia, con que se dà à presumir, ha procedido: y con otro igual peligro, que es, averse de tener, y reputar por confiesso; pues aunque el señor Vela, citado *suprà*, à este fin, *num.* 86. impugna, y reprueba antes, la opinion de los que cita, y dicen, *quòd confessio per verbum, Credo,* aut *videtur, præiudicat confitenti*; al menos la admite, y sigue, quando se le bolviesse à mandar, que declarasse, clara, y abiertamente; y èl sin embargo bolviesse à declarar en confuso: que es lo que sucediò en terminos con el Don Nicolas, y assi le ajusta en quadrado illud triviale.

Incidit in Scyllam, cupiens vitare Carybdim.

115. Y esta à mi vèr, puede ser otra razon congruente, para averse introducido la costumbre, y ser conforme à Derecho: pues siempre tendrian presente los señores Provisores, que los que en vna vacante, despues de la citacion general de los edictos, y vn largo, y reñido pleyto, se acercan, y rayan mas, ò ya en el parentesco, ò ya en las qualidades prelativas: precisamente, *vt in plurimùm,* y por lo regular (à que solo se ha de estàr) se avràn de acercar mas, y rayar mas adelante, en la vacante siguiente, como aqui se experimenta. Y por esso mirarian con estas semejantes provisiones *in futurum,* à evitar viciosos circulos, pleytos, y costos inutiles, y que los que ya vna vez sufrieron vn largo pleyto, no bolviessen à sufrirlo. Y à esto mismo avràn mirado, y miran los Fundadores, quando llaman varias lineas, y distintos Capellanes, previniendo en lo futuro, con tanta anticipacion: que como en ellos no arguye, ni contiene nulidad, ni deformidad ninguna: tampoco la contiene, ni la arguye en los señores Juezes, ni en las partes, que litigan, atentas las circunstancias, y mas la de ser llamados: pues en lo substancial, *non est maior ratio vnius, quàm alterius.*

EPILOGO.

116. LLegò el tiempo de recoger ya las velas à el discurso, y de formar el Epilogo, *oratorio more*: pues ya la especie de el caso se quiera contemplar *ad instar expectativæ,* cui magis assimilatur: ya *ad instar resignationis,* cui assimilatur minùs: ò *ad instar permutationis,* cui potest assimilari: ò *ad*

instar pensionis demum, cui assimilari non potest: por todas vias es valida, y mas en Capellanias, de sangre, ò de llamamiento, y *ob bonum concordiæ, & pacis*, y no ser incompatible, antes si, practicable, y practicada en mas rigorosos terminos, y por vna costumbre tan antigua, è inveterada, que ya passa à immemorial, y que aora no se trata de continuarla adelante, si solo de conservar lo yà hecho en su virtud, y executoriado en forma, por el mismo Tribunal de el señor Provisor: y ser vn vicioso circulo, y vn litigio por demàs, el que quiere introducirse, por no aver que atender, ni aver siquiera, perjuycio de tercero. Por todo lo qual espera justamente el Don Bartholome se provea à su favor llana, y absolutamente, como lo tiene pedido, reponiendo para ello, en caso necessario, los referidos Autos: pues no siendo, como de hecho, no son difinitivos *formaliter, nec virtualiter*, avrà lugar en tal caso la dicha reposicion, *tam à Iure, quàm à praxi, ex communi omnium calculo*. Y assi lo espero, y siento, salvo, &c. Sevilla, y Febrero 4. de 1727. años.

Lic. D. Pablo Alonso Cazalla, y Angulo.